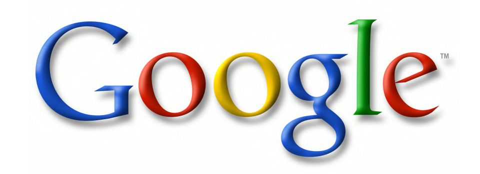



SIGILL: COLL: HARVARD: CANTAB: NOV: ANGL: 1650.
CHRISTO ET ECCLESIAE



Jahrbücher

für die

Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts.

Herausgegeben

von

Rudolf Ihering,

k. k. österreichischen Hofrath und ordentlichen Professor des R. R.
an der Universität Wien.

Neunter Band.

Jena,

Mauke's Verlag

(Hermann Dufft).

1868.

1874, June 6.
Minot Fund.

Inhalt.

I.

Beiträge zur Lehre vom Besitz.

Von

Rudolf Ihering.

Keine romanistische Monographie hat so viel Bewunderung und Anerkennung auf der einen und so viel Widerspruch auf der andern Seite erfahren, als die von Savigny über den Besitz, — Beides, wie ich glaube, mit demselben Recht. Unvergänglich und unantastbar bleibt ihr der Ruhm, zuerst den Geist der römischen Jurisprudenz in unsere civilistische Dogmatik zurückgeführt zu haben, und wie viel und wie wenig immerhin auch von ihren positiven Resultaten bestehen bleiben oder fallen möge, jenem Verdienste geschieht damit nicht der geringste Abbruch. Aber ebensowenig darf und wird die vollste Anerkennung dieses Verdienstes unsere Wissenschaft abhalten, die Savigny'schen Ansichten einer erneuten Prüfung zu unterziehen, und auch das Anathema, welches Puchta einst im Unmuth und Ueberdruß über den endlos sich ergießenden Strom der Besitzesliteratur jedem neuen Zweifler gedroht hat, wird, wie die Erfahrung gezeigt hat und täglich von Neuem zeigt, der Skepsis keinen Halt gebieten. Denn in der That fordert das Savigny'sche Werk wie kein anderes

die Kritik heraus, nicht etwa in Einzelnheiten, sondern in seinen Grundlagen und Grundanschauungen, und es würde in meinen Augen geradezu ein Beweis des absterbenden wissenschaftlichen Sinnes und Urtheils, der Altersschwäche sein, wenn sich unsere Wissenschaft bei den ungelösten Räthseln beruhigen wollte, welche die Savigny'sche Theorie für den Besitz geschaffen hat.

So lange ich mir ein selbstständiges wissenschaftliches Urtheil zuschreiben darf, habe ich mich mit dieser Theorie in wesentlichen Punkten in Widerspruch gefühlt, ich habe es jedoch für meine Pflicht gehalten, meiner Ansicht vorerst keinen öffentlichen Ausdruck zu geben, um sie die Probe stets erneuter Prüfung bestehen zu lassen. Letzteres ist inzwischen in reichem Maße geschehen, und so wenig ich darin eine objective Garantie der Wahrheit zu finden geneigt bin, so glaube ich doch subjectiv nichts versäumt zu haben, um mich der letzteren zu bemächtigen. Der erste Anstoß, den ich an der Savigny'schen Besitzlehre nahm, betraf die Theorie vom animus domini, und schon seit 1846 habe ich in meinen Vorlesungen im Wesentlichen dieselbe Ansicht darüber vorgetragen, die ich im dritten Beitrag entwickeln werde. Dazu gesellten sich nach und nach einige andere Differenzpunkte, insbesondere die Lehre von dem constitutum possessorium sowie die Frage nach dem Grunde des Besitzesschutzes und der rechtlichen Natur des Besitzes. Dieselben bilden den Gegenstand der folgenden Beiträge und werden sich in dieser Ordnung folgen:

I. Grund des Besitzesschutzes.
II. Rechtliche Natur des Besitzes.
III. Der animus domini.
IV. Das constitutum possessorium.

Erster Beitrag.

Der Grund des Besitzesschutzes.

I.

Uebersicht.

Warum wird der Besitz geschützt? Niemand wirft die Frage für das Eigenthum auf, warum denn für den Besitz? Weil der Schutz des Besitzes von vornherein etwas höchst Auffallendes, Widerspruchsvolles hat. Denn der Schutz des Besitzes heißt auch Schutz der Räuber und Diebe; wie kann aber das Recht, welches den Raub und Diebstahl verdammt, das Product desselben in der Person des Thäters anerkennen und schützen? Heißt dies nicht, auf der einen Seite etwas fördern und billigen, was man auf der anderen Seite verwirft und verfolgt?

Wenn eine Einrichtung seit Jahrtausenden besteht, so wird das unbefangene Urtheil sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß zwingende Gründe für dieselbe vorhanden sein müssen, und in der That ist auch wohl noch nie die Nothwendigkeit des Besitzesschutzes ernstlich in Frage gestellt worden. Aber über diese Gründe selber herrscht nichts weniger als allgemeines Einverständniß. Manche Schriftsteller, insbesondere die älteren, umgehen die Frage völlig; sie beruhigen sich, wie so oft, einfach bei der gegebenen Thatsache. Aber wenn irgendwo die Thatsache der Erklärung bedarf, so ist es hier. Savigny hat dies gefühlt und uns die Antwort nicht vorenthalten, aber der Anklang, den dieselbe früher gefunden hat, sich nicht behauptet und es sind neuerdings mehr und mehr Versuche gemacht, die Frage in anderer Weise zu lösen, zu denen ich in Folgendem noch einen neuen hinzufügen werde. Das Interesse der Frage ist keineswegs bloß rechts-

philosophischer oder legislativ-politischer Art, wie man auf den ersten Blick geneigt sein könnte zu glauben, sondern von erheblicher dogmatischer Wichtigkeit, und ich hoffe unten darzuthun, daß nicht bloß das richtige Verständniß der römischen Besitzeslehre im Großen und Ganzen von der richtigen Beantwortung dieser Frage abhängt, sondern daß sie selbst zu praktischen Resultaten führt.

Der Umstand, daß die bisher auf diese Frage ertheilten Antworten fast nirgends übersichtlich zusammengestellt und einer genaueren Kritik unterworfen sind [1]), nöthigt mich, dies hier nachzuholen. Ich habe versucht, dieselben zu gruppiren, und zwar nach Art der Strafrechtstheorieen in absolute und relative. Die absoluten erblicken den Grund des Besitzesschutzes im Besitz selber. Der Besitz muß um seiner selbst willen geschützt werden, er trägt das Anrecht darauf in sich, und zwar findet die eine Ansicht das Motiv in dem Willen, in der Thatsache seiner Verkörperung im Besitz, welche das Recht zu respectiren habe, also in dem ethischen Momente des Besitzes; die andere findet dies Motiv darin, daß der Besitz nicht minder wie das Eigenthum dem menschlichen Bedürfnisse zu dienen bestimmt sei, also in dem ökonomischen Momente des Besitzes. Beide Ansichten kommen darin überein: der Schutz des Besitzes bedarf gar keiner eigentlichen Erklärung, keiner Anlehnung an sonstige Zwecke und Interessen, er versteht sich von selbst, es muß so sein.

Die relativen Ansichten dagegen suchen den Grund des Schutzes außerhalb des Besitzes, nämlich in Einrichtungen, Rechtsprincipien, Rücksichten allgemeinerer Art, die ihm nur zu gute kommen, ihm aber nicht eigenthümlich sind. Der

---

1) Eine anerkennenswerthe Ausnahme macht Randa, Der Besitz nach österr. Rechte. Leipzig 1865. §. 8.

Schutz, den er genießt, ist mithin nur ein abgeleiteter, zufälliger, er würde hinfällig sein, wenn jene Quellen, denen er ihn entnimmt, nicht mehr flössen.

Nach diesem Gesichtspunkt werde ich in Folgendem die einzelnen Ansichten gruppiren, wobei ich übrigens nicht verhehlen will, daß derselbe bei ihnen nicht in der Schärfe und Klarheit zur Geltung gelangt, wie bei den Strafrechtstheorieen.

Auch ist der Gegensatz bisher so wenig zum Bewußtsein gekommen, daß sich bei einigen Schriftstellern Anklänge an beide Grundansichten finden [2]). Vielleicht trägt dieser Versuch dazu bei in dieser Beziehung wenigstens zur Klarheit zu drängen.

1. Relative Theorieen.

Der Schutz des Besitzes hat nicht seinen Grund im Besitz selber, sondern

1) in dem Verbote der Gewalt, bei welchem letzteren
   a) Savigny mehr die privatrechtliche Beziehung zum Besitzer (Besitzesstörung ist ein Delict gegen den Besitzer),
   b) Rudorff mehr die publicistische Beziehung zum Gemeinwesen betont (Besitzesstörung ist ein Attentat gegen die Rechtsordnung);
2) in dem obersten Rechtsgrundsatz, daß „Niemand einen Andern rechtlich überwinden kann, welcher nicht überwiegende Gründe seines Vorrechts hat“ (Thibaut);
3) in dem Vorrecht der Unbescholtenheit, vermöge dessen bis auf Gegenbeweis angenommen werden muß, daß der Besitzer, der ein Recht zum Besitz haben kann, desselben nicht entbehre (Röder);

2) Puchta, Vermischte Schriften S. 265. Trendelenburg, Naturrecht auf dem Grunde der Ethik. Leipzig 1860. §. 95.

4) in dem Eigenthum; der Besitz wird geschützt
   a) als wahrscheinliches [auch mögliches] Eigenthum (ältere Ansicht),
   b) als anfangendes Eigenthum (Gans),
   c) im Interesse der nothwendigen Ergänzung des Eigenthumsschutzes (meine Ansicht).

2. Absolute Theorieen.

Der Besitz ist seiner selbst wegen geschützt, denn
1) er ist der Wille in seiner thatsächlichen Verkörperung (Gans, Puchta, Bruns);
2) er „dient wie das Eigenthum der allgemeinen Bestimmung des Vermögens: der menschlichen Befriedigung durch Sachen mittelst freier Gewalt über dieselben — — sein Zweck ist, den factischen Zustand der Sachen zu conserviren" (Stahl).

II.

Das Verbot der Gewalt als Grund des Besitzesschutzes.

Die Ansicht von Savigny ist so bekannt, daß ich kaum weiß, ob es Noth thut, seine eigenen Worte anzuführen. „Da der Besitz an sich kein Rechtsverhältniß ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt. Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewaltthätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch das Interdict aufgehoben werden soll. — — Die Interdicte setzen eine Handlung voraus, die schon durch ihre Form unrechtlich ist. — — Der Besitzer hat das Recht, von Jedem zu fordern, daß er überhaupt keine Gewalt gegen ihn

brauche" [3]). „Ein selbständiges Recht ist in diesem Fall nicht neben der Person verletzt, aber in dem Zustande der Person ist doch etwas verändert zu ihrem Nachtheil, und soll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Person liegt, in seinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, so kann dies nur geschehen durch die Herstellung oder Beschützung jenes factischen Zustandes, worauf sich die Gewalt erstreckt hat [4])."

Die Ansicht von Rudorff [5]) weicht von der Savigny's nicht erheblich ab. Während Letzterer den Anspruch auf Schutz gegen Gewalt in die Person des Besitzers verlegt oder, um seine eigenen Worte zu gebrauchen (S. 63), „die privatrechtliche Rücksicht als Grundlage des Besitzrechts" gelten läßt, betont Rudorff die „publicistische Beziehung der Gewaltthätigkeit als Verletzung der öffentlichen Ordnung", indem er den Besitzesschutz an das Verbot der Selbsthülfe anknüpft. Es ist klar, daß auch der letztere Gesichtspunkt sich mit dem privatrechtlichen Anspruch des Besitzers auf Schutz verträgt, wofür das Decretum Divi Marci den besten Beweis enthält. Dagegen ist derselbe insofern zu eng, als die gewaltsame Störung oder Entziehung des Besitzes keineswegs immer zum Zweck der Selbsthülfe zu geschehen braucht, der beiden andern Fälle der illegalen Besitzentziehung (clam, precario) ganz zu geschweigen. Auf die von verschiedenen Seiten gegen diese Modification der Savigny'schen Ansicht geäußerten Bedenken [6]) scheint ihr Urheber sie jetzt stillschweigend zurückgenommen zu haben [7]), so daß wir uns im Fol-

---

3) Savigny, Recht des Besitzes §. 5. Aufl. 7 von Rudorff. Wien 1865. S. 30—32.

4) Daselbst §. 6 Zusatz. Aufl. 7 S. 56.

5) Zeitschr. f. gesch. R.-W. VII S. 90 fl.

6) Savigny a. a. O. S. 62—64.

7) Daselbst in seinen Zusätzen S. 575.

genden ausschließlich auf die Savigny'sche Auffassung beschränken dürfen.

Unterwerfen wir dieselbe nunmehr einer Prüfung, so hat sie auf den ersten Blick allerdings etwas Bestechendes — — — wenn man nämlich die Gestalt, welche das römische Recht dem Besitz gegeben hat, nicht kennt oder außer Acht läßt. In einem Compendium des Naturrechts würde ich sie ganz am Orte gefunden haben [8]), in einem Werke, das sich die Darstellung der römischen Besitztheorie zur Aufgabe gestellt hat, kann sie nur im höchsten Grade überraschen. Denn mit letzterer läßt sie sich in keiner Weise vereinigen, sie stößt hier überall auf Widerspruch; der Versuch ihrer legislativen Verwirklichung würde ein Besitzrecht ergeben, das mit dem römischen auch nicht die entfernteste Aehnlichkeit hätte. Dies soll jetzt an den Hauptpunkten der römischen Besitzeslehre nachgewiesen werden.

1. Schutzlosigkeit der detentio alieno nomine.

Beruhen die possessorischen Interdicte auf der Idee einer gegen die Person verübten Rechtsverletzung, so ist nicht abzusehen, wie dieselben dem Besitzer auf fremdem Namen verweigert werden können. Was hat das Unrecht gegen die Person damit zu thun, welcher Art ihr Besitzverhältniß ist? Wird die Rechtsordnung weniger verletzt, wenn Jemand einen Pächter, als wenn er einen Erbpächter dejicirt? Gewalt

---

8) Und selbst an dieser Stelle müßte noch erst der Beweis erbracht werden, den Randa a. a. O. fordert, nämlich daß die gewaltsame Besitzentziehung an sich rechtswidrig sei. „An sich", bemerkt er mit Recht, „könnte Gewalt nur soweit als rechtswidrig erscheinen, als ein Recht verletzt wird. Denn wo kein Recht verletzt, sondern nur ein factischer Zustand geändert worden ist, da kann von einer Tilgung des Unrechts der Gewalt und seinen Folgen keine Rede sein." Ich komme unten (IV) darauf zurück.

bleibt Gewalt, gegen wen sie auch begangen werden möge. Eine Handlung, die schon als solche, d. h. unabhängig von den Voraussetzungen in der Person des Verletzten ein Unrecht in sich schließen soll, kann doch unmöglich je nach Verschiedenheit der Voraussetzungen hier ein Unrecht sein, dort keins.

Hören wir, was Savigny darauf erwidert. „Entweder", sagt er (S. 59), „denken wir diesen Verwalter in Uebereinstimmung oder im Widerstreit mit dem wahren Besitzer. Im erstern Fall braucht er die Interdicte nicht, da die des Besitzers ihn hinreichend schützen. Im zweiten Fall aber, wenn er sie wider Willen des Besitzers gegen diesen selbst oder gegen einen Dritten gebrauchen wollte, darf er es nicht, weil er dadurch in das obligatorische Verhältniß eingreifen würde, dem er seine Detention verdankt, und das ihm für jedes denkbare Interesse genügt." Ob diese Deduction Jemanden überzeugen wird? Ich möchte es bezweifeln[9]). Savigny hat bei derselben seine eigne Auffassung der possessorischen Interdicte außer Acht gelassen. Enthalten dieselben nämlich einen Schutz gegen ein Unrecht gegen die Person, bei dem das Besitzverhältniß nur die Bedeutung einer bloßen Staffage hat, sich lediglich auf das Factische der Situation bezieht, so ist nicht abzusehen, warum der Detentor den Schutz gegen ein ihm persönlich zugefügtes Unrecht erst von seinem Besitzherrn ableiten soll. Ob die Interdicte des letztern ihn im Fall des Einvernehmens beider „hinreichend schützen, und der Detentor dieselben mithin nicht bedarf[10])", ist völlig gleichgültig, wenn die Besitzesstörung ihre Richtung nicht gegen den Besitz, sondern gegen die Person nimmt. Der Schutz gegen das darin liegende Unrecht ist nicht eine Frage

---

9) S. dagegen auch Randa a. a. O. Note 3.

10) Und selbst dies ist, wie Randa mit Recht bemerkt, nicht immer richtig, z. B. nicht im Fall der Abwesenheit des Besitzers.

der Zweckmäßigkeit und des Bedürfnisses, sondern eine einfache Sache der Consequenz. Der Verletzte wird geschützt; sind beide verletzt, so beide, ist es bloß einer, so bloß er, jedenfalls also der Detentor, denn er ist es, der von der Gewalt zunächst und unmittelbar betroffen wird. So wird es bei dem interd. quod vi clam gehalten; berührt das opus vi aut clam factum gleichmäßig das Interesse des Pächters wie des Verpächters, so haben beide das Interdict[11]). Erwägt man nun, daß letzteres auf dem Gesichtspunkt des Delictes beruht[12]), so wird man nicht zweifelhaft sein, wie die römischen Juristen hätten entscheiden müssen, wenn sie die possessorischen Interdicte ebenfalls unter diesem Gesichtspunkt aufgefaßt hätten.

Bedürfen die Detentoren kein selbständiges Schutzmittel, warum gewährt ihnen das römische Recht ferner die act. furti und vi bonorum raptorum[13])? Aus demselben Grunde, aus dem es ihnen die possessorischen Rechtsmittel versagte, hätte es ihnen auch jene Klagen absprechen können. Der Umstand, daß dies nicht geschehen, beweist, daß das römische Recht nicht bloß die unmittelbare Richtung jener Delicte gegen den bloßen Detentor, sondern auch die Nothwendigkeit und den Werth eines ihm dagegen zu gewährenden unmittelbaren Schutzes sich in keiner Weise verhehlt hat. Und nicht bloß die persönliche Verletzung ist es, die bei den beiden genannten Klagen und in dem int. quod vi aut clam zur Geltung kommt, sondern es ist das sachliche, vermögensrechtliche Interesse an der Aufrechthaltung des Detentions-

11) l. 12 quod vi (43. 24).

12) l. 3 pr. ibid. facto tuo delinquentis l. 1 §. 2 injuriam comminisci. Darum steht es auch dem Haussohn zu l. 9 de O. et. A. (44. 7) . . injuriarum et quod vi aut clam, l. 13 §. 2 quod vi.

13) l. 14 §. 2. l. 85 de furt. (47. 2), l. 2 §. 22 Vi bon. (47. 8).

verhältnisses, das in ihnen seinen Ausdruck findet. Praeterea, heißt es in der citirten l. 14 §. 2 de furt., habent furti actionem coloni, quamvis domini non sint, quia interest eorum, und in l. 2 §. 22 Vi bon. cit. wird sogar die commodirte, vermiethete, verpachtete Sache in dem Sinn zum Vermögen gerechnet, daß sie zwar nicht „in bonis", aber doch „ex bonis" sei, d. h. „ut ex substantia mea res ablata esse proponatur ... ut intersit mea eam non auferri". So erhält der Miether des interd. de migrando wegen Vorenthaltung der inferirten Sachen auch in Bezug auf die ihm bloß geliehenen, vermietheten oder bei ihm deponirten Sachen, und nicht minder erstreckt sich auf letztere auch die hereditatis petitio [13a]).

Wenn Besitzer und Detentor uneins sind, sagt Savigny, so darf Letzterer aus dem Grunde die Interdicte nicht anstellen, weil er dadurch in das obligatorische Verhältniß eingreifen würde. Aber angenommen, die Anstellung der Interdicte seinerseits enthielte einen derartigen Eingriff dem Besitzer gegenüber, was verschlägt dies dem dritten Dejicienten gegenüber? Für ihn kann doch nur seine eigne Handlung in Betracht kommen; aus der Obligation eines Dritten kann er keine Rechte ableiten. Könnte er es, so müßte dies ja ganz besonders für den Fall gelten, wenn der Detentor seinen Besitzherrn dejicirt hat und dadurch selber Besitzer geworden ist, denn hier ist der Eingriff in das obligatorische Verhältniß ja außer allem Streit — — und dennoch gibt das Recht ihm die Interdicte ohne allen Anstand [14]).

Kurz, der Versuch Savigny's, die Einwendungen, die man der Schutzlosigkeit des Detentors gegen seine Auffassung

---

13a) l. 2 de migr. (43. 32), l. 19 pr. de her. pet. (5. 3).
14) l. 12 de vi (43. 16).

entnehmen kann, zu widerlegen, ist völlig mißlungen. Es ist eine wunderbare Ironie des literarischen Verhängnisses, für die es übrigens gerade bei Savigny trotz aller seiner Größe nicht schwer ist, mehrfache Belege beizubringen, daß Savigny, der Restaurator der römischen Besitztheorie, zur Erklärung derselben eine Idee aufstellt, die mit dieser Theorie im unversöhnlichen Widerspruch steht, und andererseits wiederum einer modernen Erscheinung auf dem Gebiet des Besitzes, welche die historische Verwirklichung dieser seiner Idee enthält: dem **summariissimum** und der **act. spolii** den heftigsten Widerstand entgegensetzt. Wer in der Störung und Entziehung des Besitzes ein Unrecht gegen die Person erblickt, sollte jene beiden Rechtsmittel, die jedem Besitzer ohne Unterschied der Qualification des Besitzes gegeben werden, als die Verwirklichung dieser Auffassung mit Freuden begrüßen — Savigny erblickt in ihnen eine wissenschaftliche Verirrung, eine Mißgeburt! — Wer Letzteres thut und für die Beibehaltung des reinen römischen Rechts streitet, sollte keinen Satz entschiedener bekämpfen, als den, daß die Besitzrechtsmittel einen Schutz der Person enthalten — Savigny hat ihn nicht bloß aufgestellt, sondern ein halbes Jahrhundert hindurch festgehalten!

2. Schutzlosigkeit des Besitzes bei Besitzunfähigkeit der Sache oder Person.

a) Der Sache. An **res extra commercium** gibt es keinen Besitz und keinen Besitzesschutz. Warum nicht? Vom Standpunkt meiner Auffassung aus glaube ich diese Frage unten befriedigend beantworten zu können, nämlich weil kein Eigenthum an ihnen möglich ist, der Besitz aber nichts ist als die Thatsächlichkeit des Eigenthums, mithin da cessirt, wo letzteres undenkbar ist. Vom Standpunkt der Savigny'

schen Ansicht aus aber läßt sich jener Satz gar nicht erklären. Denn wenn die Besitzverletzung nur dadurch rechtliche Bedeutung gewinnt, daß sie ein Unrecht gegen die Person enthält, was kann es ausmachen, welcher Art die Sache ist, ob beweglich oder unbeweglich, eigenthumsfähig oder eigenthumsunfähig? Dies ist eben so gleichgültig, als ob ein Mord verübt ist bei einem Hause oder einer Hecke, unter einer Buche oder unter einer Eiche. Für den Besitz müßte, wenn die Savigny'sche Auffassung richtig wäre, dieselbe Beurtheilung eintreten, welche die l. 13 §. 7 de inj. (47. 10) für die Injurienklage aufstellt. Ob Jemand mich verhindert am Gebrauch meiner eignen Sache oder einer res publica (in publicum lavare aut in cavea publica sedere etc.) oder res communis (in mari piscari) ist gleichgültig, es findet in allen diesen Fällen die act. injuriarum Statt. Man sage nicht: der Besitzer einer res extra commercium habe kein Interesse an der Sache oder er begehe ein Unrecht, indem er sie besitze, das Unrecht aber dürfe nicht geschützt werden. Denn dasselbe gilt auch vom Dieb und Räuber[15]), gleichwohl aber haben beide die possessorischen Interdicte. Und sodann: wenn dies auch für res sacrae und res publicae richtig wäre, so gilt es doch nicht für alle res extra commercium. Die res religiosa steht zu demjenigen, dem sie gehört („ad quem pertinet"), in einem dem Eigenthum analogen Verhältniß, er allein ist berechtigt, sie ihrem Zweck entsprechend zu benutzen, er hat

---

15) Aus diesem Grunde wird ihnen, wenn ihnen selber die Sache gestohlen wird, die act. furti versagt l. 76 §. 1 de furt. (47. 2) . . . si honesta ex causa interest s. auch l. 12 §. 1 ibid. nemo de improbitate sua consequitur actionem, ebenso die act. ad exhibendum l. 3 §. 11 ad exh. (10. 4); die Erbtheilungsklage erstreckt sich nicht auf das „quod vel vi aut latrocinio aut aggressura acquisitum erit" l. 4 §. 2 fam. erc. (10. 2).

gleich dem Besitzer die Befugniß, jeden andern auszuschließen, und er hat ein Interesse an dem Verhältniß[16]. Bei einem gewaltsamen Eingriff in dieses Verhältniß fehlt es also sicherlich nicht an den Voraussetzungen, die nach Savigny für die possessorischen Interdicte genügen, und gleichwohl werden ihm die letzteren abgesprochen[17]) und dafür andere Schutzmittel gewährt. Ganz dasselbe gilt für das Verhältniß des Vaters zu seinem Kinde. War das Interesse auf seiner und das Unrecht auf der andern Seite ein geringeres, wenn Jemand ihm das Kind, als wenn er ihm einen Sklaven vorenthielt? Im letztern Fall ward das interdictum utrubi, ein possessorisches Interdict, gegeben, im erstern bedurfte es besonderer Interdicte (de liberis exhibendis und ducendis).

b) Besitzunfähigkeit der Person. Sklaven und Hauskinder waren bekanntlich nach römischem Recht des Besitzes unfähig[18]). Nach Savigny (S. 126) „gründet sich dieser Satz offenbar auf die allgemeine Regel, daß der Sohn überhaupt kein Vermögensrecht haben könne". Gewiß richtig! allein wie verträgt sich diese Erklärung mit seiner Idee, daß im Besitz nicht das vermögensrechtliche Verhältniß als solches, sondern die Person geschützt wird? Beruhen die possessorischen Interdicte auf dem Gesichtspunkt des Delicts, so hätte man sie dem Haussohn nicht schlechthin absprechen dürfen, denn so gut wie derselbe nach l. 9 de O. et A. (44. 7.) „suo nomine nullam actionem habet nisi injuriarum et quod vi

16) S. meinen Geist des R. R. III. S. 335 und jetzt auch Rudorff in Savigny a. a. O. S. 604, welcher aus Orelli eine Urkunde mittheilt (N. 4358), welche die Besitzübertragung des Grabmals erwähnt (in vacuam possessionem . . . ire aut mittere).

17) l. 30 §. 1 de poss. (41. 2).

18) l. 49 §. 1 de poss. (41. 2).

aut clam et depositi et commodati" hätte er auch diese Klagen haben können.

3. Besitzesschutz des injustus oder malae fidei possessor.

Derselbe verträgt sich wiederum in keiner Weise mit der Savigny'schen Auffassung. Dem Diebe und Räuber werden die act. furti und act. legis Aquiliae[19]) abgesprochen; wie konnte man ihnen die possessorischen Interdicte einräumen, wenn man in ihnen ebenfalls Delictsklagen erblickte? Man vergleiche einmal die Art, wie die Juristen sich in l. 12 §. 1 und l. 76 §. 1 de furt. cit. äußern: Furti actio, heißt es in l. 12, malae fidei possessori non datur, quamvis interest ejus rem non subripi, quippe cum res periculo ejus sit, sed nemo de improbitate sua consequitur actionem et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei furti actio datur, und in l. 76 §. 1: nam licet intersit furis rem salvam esse, quia condictione tenetur, tamen cum eo is cujus interest furti habet actionem, si honesta ex causa interest. Auch hier führt uns Savigny abermals vor ein ungelöstes und unlösbares Räthsel, und er hat keinen Versuch gemacht, jene Stellen, deren er sich selber zu einem andern Zweck gegen seine Gegner bedient (S. 65), mit seiner Auffassung zu vereinigen. Wenn der Eigenthümer dem malae fidei possessor die Sache heimlich oder gewaltsam nimmt oder sie vernichtet, so hat letzterer gegen ihn weder die condictio furtiva, weil sie Eigenthum, noch die act. furti, weil sie Interesse, noch die act. leg. Aquiliae, weil sie ein Recht an der Sache oder mindestens

---

19) l. 12 §. 1, l. 76 §. 1 de furt. (47. 2), l. 10 §. 6, arg. l. 17 pr. ad leg. Aq. (9. 2).

bonae fidei possessio voraussetzt, er schlägt die Klage aus dem Delict einfach mit der Verweisung auf sein Eigenthum zurück[20]). Wenn dagegen der malae fidei possessor mit einer possessorischen Klage klagt, wie er es heutzutage, seitdem das interdictum uti possidetis und utrubi durch Justinian völlig gleichgestellt sind, gleichmäßig bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen thun kann, so wird der Beklagte mit dem Einwande seines Eigenthums gar nicht gehört, und die malae fidei possessio des Klägers kommt nur insoweit zur Sprache, als die exceptio vitiosae possessionis dem Kläger gegenüber begründet ist. Wer fühlt nicht, daß der Standpunkt der Beurtheilung in beiden Fällen ein gänzlich verschiedener ist, in dem einen Fall der des Delicts, in dem andern ein demselben völlig fremder?

4. Unerfindlichkeit der Delictsnatur aller possessorischen Interdicte.

Nur bei einem einzigen, dem interd. unde vi, ist dieselbe außer Zweifel, bei allen andern Interdicten ist sie entschieden zu verneinen. Bei dem interd. de precario will Savigny (S. 31) sie damit rechtfertigen, daß „es an sich unrecht ist, den guten Willen des Andern zu mißbrauchen, gerade so wie es unrecht ist, mit Gewalt eine Sache zu nehmen". Allein wäre diese Behauptung richtig, so müßte auch die condictio ex mutuo, die act. commodati und die auf Grund des Precariums mögliche act. praescriptis verbis eine Delictsklage sein. Das interd. de precario kann allerdings durch dolus des Precaristen ähnlich wie die reivind. (durch dolus praeteritus des Besitzers) einen delictsartigen

---

20) Ebenso die act. depositi des Diebes, so die l. 31 §. 1 Dep. (16. 3) c. f.

Zusatz in sich aufnehmen, und in diesem Fall haftet der Erbe consequenterweise nur auf Bereicherung[21]), allein diese bloße Möglichkeit macht das Interdict ebenso wenig, wie die reivindicatio, zu einer Delictsklage, es geht gegen den Erben ebenso wie gegen den Erblasser[22]).

Oder enthält etwa die Verweigerung der Herausgabe nothwendigerweise einen dolus? Durchaus nicht. Man setze z. B. den Fall, daß der Erbe oder der Vormund des wahnsinnig gewordenen Precaristen vom Precarium nichts weiß, oder daß der Precarist selber inzwischen erfahren, daß er Eigenthümer ist. Im letztern Fall verweigert er die Herausgabe mit vollem Recht: „idcirco quia receptum est, rei suae precarium non esse“[23]).

Von den beiden interdicta retinendae possessionis spottet das int. utrubi in seiner vorjustinianeischen Gestalt aller Versuche, es mit der Savigny'schen Idee in Einklang zu bringen. Dasselbe ging bekanntlich nicht bloß gegen den, der dem Kläger unmittelbar den Besitz entzogen hatte, sondern gegen jeden Dritten, auch den bonae fidei possessor; die einzige Voraussetzung bestand darin, daß Kläger innerhalb des letzten Jahres, vom Moment der Klagerhebung an gerechnet, längere Zeit besessen hatte, als der Beklagte. Savigny hat meines Wissens sich nie über die Frage ausgelassen, wie sich dieses Interdict mit seiner Ansicht vereinigen lasse; hätte er es versucht, er würde sich von der Unmöglichkeit überzeugt haben.

---

21) l. 8 §. 8 de prec. (43. 26).

22) l. 8 §. 8 cit. heres ejus, qui precario rogavit, tenetur quemadmodum ipse.

23) l. 4 §. 3 ibid., l. 45 pr. de R. J. (50. 17), l. 21 pr. de usuc. (41. 3), l. 31 §. 1 Dep. (16. 3). Der Nachweis des Eigenthums stellt das interd. als ipso jure unbegründet dar. Mein Geist des R. R. III. S. 65, 66.

An den beiden Stellen (S. 31, 49), wo er es hätte thun müssen, übergeht er unser interdictum mit Stillschweigen, bei der Charakterisirung der interd. retinendae possessionis betont er für sie das Requisit der gewaltsamen Verletzung des Besitzes (S. 400) und beruft sich dafür rücksichtlich des interd. utrubi auf das „vim fieri veto" des Formulars in l. 1 pr. utrubi (43. 31); bei der speciellen Behandlung des letztern Interdicts findet er darüber „nichts Besonderes zu bemerken" (S. 413). Allein welche Bedeutung hatte jenes „vim fieri veto?" Offenbar ja nicht die, daß Gewalt geschehen sein müsse, wenn Jemand das Interdict anstellen wolle, sondern daß der Beklagte dem Kläger, wenn er die Sache mit sich nehmen wolle (quominus is eum ducat) keine Gewalt entgegensetzen dürfe. Die Gewalt war damit so wenig zu einer Voraussetzung dieses Interdicts erhoben, als aller andern mit gleicher Formel versehenen Interdicte.

Rücksichtlich des interd. uti possidetis wird es mir bei der eingehenden Bearbeitung, die dasselbe in neuerer Zeit gefunden hat[24]), verstattet sein, mich kurz zu fassen. Es ist nicht wahr, daß eine „gewaltsame Verletzung des Besitzes" zu den Voraussetzungen dieses Interdicts gehört (Savigny S. 400). Die Untersuchung des Richters: num vis facta sit contra edictum Praetoris bezieht sich nicht auf die Zeit vor, sondern nach Erlaß des Interdicts. Letzteres konnte daher im Fall eines ganz friedlichen, von jeglicher Gewaltthätigkeit freien Besitzstreites (controversia de possessione), z. B. wenn es sich zwischen zwei Erbprätendenten darum handelte, wer zuerst den Besitz des erbschaftlichen Grundstückes ergriffen hatte, von beiden Theilen unbedenklich nachgesucht

24) S. vor Allen Hermann Witte, Das Interdictum Uti possidetis. Leipzig 1863, insbesondere S. 40 ff.

werden, wie denn ja sowohl Ulpian (l. 1 §. 3 uti poss. 43. 17) als Gajus (IV. 148) gerade diesen Anwendungsfall zum Ausgangspunkt ihrer Darstellung des Interdicts nehmen. Nach Savigny hätte der Implorant in diesem Fall, um in heutiger Sprache zu reden, angebrachtermaßen abgewiesen werden müssen.

5. Ueberflüssigkeit der possessorischen Interdicte als besonderer Delictsklagen neben den vorhandenen Delictsklagen.

Wenn der Prätor in den possessorischen Interdicten bloß neue Delictsklagen hätte schaffen wollen, wozu hätte es derselben bedurft? Die vorhandenen reichten vollkommen aus, bei einer Störung des Besitzes das interdictum quod vi aut clam und die act. injuriarum[25]), bei einer Entziehung desselben die act. furti, welche im ältern Recht selbst auf unbewegliche Sachen erstreckt ward[26]) und sowohl die heimliche als gewaltsame[27]) Besitzentziehung umfaßte, und zur Noth auch auf den Precaristen hätte ausgedehnt werden können[28]).

6. Die auf Rückgabe des Besitzes gerichteten Condictionen.

Erst neuerdings ist die Aufmerksamkeit durch Bruns[28a]) auf sie zurückgelenkt worden und von ihm selber bereits bemerkt (a. a. O. S. 416): „daß sie zur Savigny'schen Theorie nicht passen". Der Besitz erscheint in ihnen als selbständiger Gegenstand und Grund der Klage, unabhängig von jeder Ge-

25) Rücksichtlich des erstern vergleiche die Beispiele in l. 7 §. 5, 6, 9, 10, l. 9, 11 u. a. quod vi (43. 24), rücksichtlich der letztern l. 13 §. 7 de inj. (47. 10) und Paulus S. R. V. 6 §. 5

26) Gellius XI. 18 §. 13.

27) l. 1 vi bon. (47. 8), Gaj. III. 209.

28) cf. Gell. loc. cit. mit l. 66 pr., 67 pr. de furt. (47. 2).

28a) Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. S. 27 ff.

walt; unmöglich kann also nach römischer Auffassung letztere es sein, welche dem Besitz erst rechtliche Bedeutung verschafft.

Fassen wir das Bisherige in einen Satz zusammen, so bürdet die Savigny'sche Auffassung dem Prätor die Erfindung von Delictsklagen auf, welche

1) neben den bereits vom Civilrecht gegebenen völlig überflüssig waren (Nr. 5), und welche sodann
2) denjenigen, denen sie nach den für die Delictsklagen geltenden Grundsätzen hätten gewährt werden müssen, versagt wurden (Nr. 1 und 2), dagegen
3) denjenigen, welchen sie in Gemäßheit dieser Grundsätze hätten abgesprochen werden müssen, ertheilt wurden (Nr. 3), und bei denen
4) mit Ausnahme eines einzigen auch nicht die leiseste Spur eines Delicts zu entdecken ist (Nr. 4).

III.

Die übrigen relativen Ansichten.

1. Die Thibaut'sche.

Der Ausgangspunkt Thibaut's[29]) bei seiner Construction des Besitzes ist nicht das Factum schlechthin, sondern die Ausübung der Rechte[30]) als eine besondere Art factischer Zustände, und wir werden später Gelegenheit haben zu zeigen, in wie fruchtbarer Weise sich dieser Gesichtspunkt für das Verständniß der Besitztheorie verwenden läßt. Aber das Fundament, auf welches Thibaut den Schutz des Besitzes

29) System des Pandektenrechts. Aufl. 8. §. 203, 204. In seiner Schrift über Besitz und Verjährung, Jena 1802. §. 2 gibt er für den Besitzesschutz gar keinen Grund an.

30) Wie bei Hufeland, Besitz (Ueber den eigenthümlichen Geist des römischen Rechts. Theil 2 Abth. 1.) S. 5 ff., S. 18 ff.

bauen will, ist ein sehr hinfälliges. „Da es", sagt er, „ein durchherrschender, nach der Vernunft nothwendiger Grundsatz ist, daß Niemand einen Andern rechtlich überwinden kann, welcher nicht überwiegende Gründe seines Vorrechts hat, so wird jener an sich bloß factische Zustand juristisch äußerst bedeutend, indem er zu der Regel führt, daß Jeder, welcher sich factisch in der Ausübung eines Rechts befindet, bis dahin, daß ein Anderer ein besseres Recht darauf beibringt, in diesem factischen Zustand gelassen werden muß."

Aber wenn der Besitz ein bloß *factischer* Zustand ist, wozu bedarf es eines „*Vorrechtes*", um ihn aufzuheben? Ein factischer Zustand entsteht und vergeht, ohne daß das Recht dabei irgend betheiligt ist. Ein Factum ist es, daß meine Linde dem Nachbar Schutz gegen die Sonnenstrahlen gewährt; wer schützt ihn, wenn ich den Baum wegnehmen will? Ein Factum ist es, daß ein Kaufmann eine zahlreiche Kundschaft hat; sichert ihn das Recht, wenn ein Concurrent sie ihm entzieht? Vermag das Moment, daß der Besitz die Ausübung eines Rechts enthält, ihm nicht den Charakter eines Rechtsverhältnisses zu verschaffen, muß er sich vielmehr nach *Thibaut* mit allen andern factischen Zuständen auf eine Linie stellen, so gilt auch für ihn dasselbe Gesetz wie für letztere, nämlich daß das Entstehen, Bestehen und Untergehen derselben lediglich Sache der factischen Kraft ist. Zu dem „Ueberwinden" auf dem Gebiete des *Rechts* gehört allerdings ein „*Vorrecht*", aber diese Idee auf das Gebiet des *Factums* hinübertragen, heißt vergessen, was man von letzterem ausgesagt hat.

Aber angenommen, das Vorrecht entschiede. Gewiß hat doch der Pächter, der von einem Dritten, welcher gar kein Recht an oder auf die Sache hat, dejicirt ist, ein „besseres Recht", als letzterer, denn *sein* factischer Zustand stützt sich doch

mindestens auf eine obligatorische Concession von Seiten des wahren Eigenthümers; warum wird er damit nicht gehört, d. h. warum werden ihm die possessorischen Interdicte versagt? Und nun gar, wenn der Verpächter diesem Dejicienten oder dessen Nachfolger den Besitz wiederum entzieht, warum wird selbst ihm der Nachweis seines bessern Rechts, zu dem er sich erbietet, im Besitzproceß völlig abgeschnitten?

So steht die Thibaut'sche Erklärung, während sie sich scheinbar ausschließlich auf den Boden des Factums stellt, zugleich mit auf dem des Rechts, ohne doch hier wie dort den für beide geltenden Grundsätzen zu entsprechen. Ist der Besitz wirklich ein bloßes Factum, so gewinnt man mittelst des Gesichtspunktes, daß die Kraft, welche einen Zustand aufheben soll, stärker sein muß, als die, welche ihn aufrecht hält, keinen Rechtsschutz für ihn; ist er aber ein Recht, so führt jener Gesichtspunkt zu einer völlig andern Gestaltung des Rechtsschutzes, als das römische Recht sie ihm gegeben hat. Das eigenthümlich römische Besitzschutzsystem ist auf diesem Wege nicht zu begreifen.

An demselben Fehler leidet

2. Die Ansicht von Röder [31]).

Dieser Schriftsteller sieht den Grund des Besitzesschutzes in dem Urrecht der Unbescholtenheit, welches seinen Ausdruck finde in der Regel: **quilibet praesumitur justus (? — bonus) donec probetur contrarium.** Vermöge dieses Rechts, „das jedem Besitzer zur Seite stehe, müsse einstweilen angenommen werden, daß jedes äußere Verhältniß, in welchem derselbe zu einer Sache oder Person stehe, und welches möglicher Weise auf dem Grund und in Folge eines Rechts bestehe,

31) Grundzüge des Naturrechts oder der Rechtsphilosophie. Aufl. 2 Abth. 2 S. 250.

für dessen Ausübung es erforderlich sei, auch wirklich nur kraft eines solchen bestehe, daß es also nicht unrecht sei".

Die Anwendung dieses Urrechts auf den Besitz beruht auf einem Sprung. Dasselbe hat zu seinem Inhalt nicht die Unbescholtenheit eines äußern Verhältnisses, sondern einer Person. Gilt die Person als unbescholten, so der Detentor nicht minder als der juristische Besitzer, so der Nichtbesitzer nicht minder als der Besitzer. Mit demselben Recht, mit dem letzterer auf seine persönliche Glaubwürdigkeit pocht, kann es auch der Nichtbesitzer, die Glaubwürdigkeit wird durch die äußere Thatsache des Besitzes um Nichts unterstützt. Soll also der Besitz auf die Präsumtion der Rechtmäßigkeit gestützt werden, so muß dies in anderer Weise geschehen; jene der Person entnommene Präsumtion ist dazu nicht geeignet. Aber immerhin das Gegentheil angenommen — wenn dem Besitzer nichts weiter als eine Präsumtion zur Seite steht, warum wird es dem Gegner verwehrt, diese Präsumtion durch Gegenbeweis zu entkräften? Wo bleibt die Unbescholtenheit, wenn der Gegner nachweist, daß er selber Eigenthümer sei, Kläger aber die Sache gestohlen habe? Wenn es sich im Besitzproceß nicht um den Besitz als selbständiges rechtliches Verhältniß, sondern um seine Beweiskraft für die Annahme eines von ihm verschiedenen Rechts handelt, warum erhebt man sich nicht zu letzterem selbst und läßt Beweis und Gegenbeweis zu, d. h. macht aus dem Possessorium ein Petitorium? Die Röder'sche Idee mag ausreichen, um zu erklären, daß im Vindicationsproceß der Besitzer vom Beweise frei bleibt — obschon diese Befreiung des Beklagten von der Beweislast bekanntlich mit dem Besitz als solchem nichts zu thun hat, denn dieselbe wiederholt sich bei allen Klagen — dagegen ist jene Idee durchaus nicht vermögend, das Eigenthümliche des Besitzinstituts, d. h. die Ausschließung der Rechtsfrage im Besitzproceß, zu erklären;

das ist aber der Punkt, an dem jede Besitztheorie sich zu bewähren hat.

Wir sind hierbei allerdings von der Supposition ausgegangen, daß der genannte Gelehrte den wissenschaftlich hergebrachten Begriff des Besitzes d. h. den römischen zu Grunde gelegt hat; wer als Rechtsphilosoph einen andern aufstellen will, wozu ich am wenigsten ihm die Befugniß bestreite, möge es thun, aber angeben, warum er es thut, und wie er ihn vom römischen abgränzen will; beides ist von Röder nicht geschehen.

Von den drei Ansichten, welche den Besitzesschutz mit dem Eigenthum in Verbindung setzen, stützt ihn

3. die eine (ältere) auf die Wahrscheinlichkeit des Eigenthums.

Diese Ansicht war früher viel verbreitet[32]), und auch Savigny hat ihr in der dritten, vierten und fünften Ausgabe seines Werkes eine gewisse Berechtigung zugestanden[33]), während er sie in der sechsten verwarf. In der nach seinem Tode herausgegebenen siebenten findet sich ein Zusatz von ihm (S. 57), dem zufolge die Präsumtion „nicht so sehr an sich

32) Als einen der letzten Vertheidiger nennt Savigny Hufeland a. a. O. S. 43, bei dem sie jedoch wenig klar hervortritt; s. auch Randa a. a. O. Note 7.

33) §. 2 a. E. „Fragt man nach dem Grunde, warum diese Art des Schutzes gegen Gewalt eingeführt ist, d. h. warum der Vertriebene eben den verlorenen (vielleicht ganz unrechtlichen) Besitz wieder erhalten soll, so kann man allerdings sagen, dieser Grund liege in der allgemeinen Vermuthung, der Besitzer dürfe wohl auch Eigenthümer sein. Insofern also kann man den Besitz als einen Schatten des Eigenthums, als ein präsumtives Eigenthum betrachten, nur trifft dieses lediglich die Begründung des Rechtsinstituts im Allgemeinen, durchaus nicht den Rechtsgrund irgend eines concreten Besitzes.“

zu verwerfen ist, indem doch in der That die überwiegende Mehrzahl der Besitzer wirkliche Berechtigte sind, als vielmehr nach der römisch eigenthümlich ausgebildeten Besitzeslehre."

Die Mangelhaftigkeit dieser Ansicht liegt nicht darin, worin Savigny sie findet, daß nämlich das römische Recht eine solche Präsumtion nicht kenne — es handelt sich hier nicht um einen positiven Rechtssatz, sondern um eine legislative, im römischen Recht nicht berührte Frage, für die uns jeder Ausdruck, wenn er die Sache nur richtig trifft, recht sein kann, auch wenn er den Römern fremd war. Sondern sie liegt darin, daß der angebliche Grund selbst wieder des Grundes bedarf. Denn angenommen der Gesetzgeber sagt: Ich will präsumiren, der Besitzer sei Eigenthümer, so wird Jeder ihn fragen: Warum willst Du dies präsumiren? Die Regel ist doch, daß jedes Recht bewiesen werden muß, welcher Grund macht es nöthig, beim Eigenthum ausnahmsweise davon abzugehen? Zu dem Ende reicht die statistische Thatsache, daß in den meisten Fällen der Besitzer zugleich Eigenthümer ist, nicht aus, so wenig wie die Statistik der Mortalitätstabellen die Präsumtion zu begründen vermag, daß eine gewisse Person in einem gewissen Alter verstorben sei oder noch lebe. Und consequenter Weise würde diese Präsumtion ja auch dahin führen, dem frühern Besitzer bloß auf Grund seines Besitzes eine **in rem actio** gegen dritte Personen zu geben (Klage aus dem ältern Besitz); warum soll die Präsumtion, wenn sie einmal stichhaltig ist, auf einen besondern Fall beschränkt werden? Ganz dasselbe gilt von der soeben gewürdigten Präsumtion der persönlichen Gesetzmäßigkeit oder Rechtlichkeit des Besitzers. Das richtige Element jener Ansicht besteht in dem Gefühl, daß es sich beim Besitz um einen eigenthümlichen, erleichterten Beweis des Eigenthums handelt — nennen wir den Besitz in diesem Sinn immerhin

präsumtives, provisorisches Eigenthum, oder mit Savigny einen Schatten des Eigenthums — aber mit der Constatirung dieser Thatsache ist noch nicht der Grund derselben, das Bedürfniß, die Nothwendigkeit dieser Erleichterung angegeben. Wir werden ihn später zu ermitteln suchen.

Die Nüancirung der obigen Ansicht: im Besitz werde das mögliche Eigenthum geschützt[34]), enthält, wenn damit der legislative Grund des Schutzes angegeben werden soll, eher eine Verschlechterung, als Verbesserung. Der Sprung von der bloßen Möglichkeit des Eigenthums zum Schutz des Besitzes ist noch größer, als der von der Wahrscheinlichkeit. Warum soll das bloß Mögliche geschützt werden, wo geschieht dies sonst?

Die zweite Ansicht, welche den Schutz des Besitzes dem Eigenthum entlehnt, ist

4. die von Gans[35]): im Besitz werde anfangendes Eigenthum geschützt.

Eine der Wirkungen des Besitzes besteht bekanntlich in der Usucapion, und es ist vollkommen richtig, daß mittelst der act. Publiciana im Usucapionsbesitz anfangendes Eigenthum geschützt wird. Aber auch, wie bereits öfter bemerkt ist[36]), nur im Usucapionsbesitz. Der Besitz des malae fidei

---

34) Als wissenschaftlich entwickelte Ansicht tritt sie auch nirgends auf, sie beruht nur auf gelegentlichen Aeußerungen, Redewendungen, die ich nicht gesammelt habe. Die Puchta'sche „subjective Möglichkeit des Rechts" (Vorles. zu §. 122) gehört nicht hierher, sie enthält nur einen andern Ausdruck seiner unten zu betrachtenden Ansicht.

35) System des Röm. Civilrechts. Berlin 1827. S. 211, 212. Ueber die Grundlage des Besitzes. Eine Duplik. Berlin 1839. Ueber eine zweite Auffassung desselben Schriftstellers s. u.

36) Rudorff in der Zeitschr. für gesch. R.-W. VII. S. 98, 99. Savigny a. a. O. S. 61.

possessor, auch wenn er noch so lange besteht, führt nicht zum Eigenthum, gleichwohl wird auch er geschützt. Diesen Schutz — und er ist ja der Schutz des Besitzes als solchen — kann man mithin nicht durch den obigen Gesichtspunkt begründen.

Die Ausführung meiner eignen Ansicht, welche nunmehr hier einzuschalten wäre, schiebe ich bis an's Ende auf und wende mich vorher den absoluten Ansichten zu.

IV.

Die absoluten Ansichten.

Die Willenstheorie.

Neben der soeben mitgetheilten Ansicht von Gans findet sich bei demselben Schriftsteller noch eine andere Beantwortung unserer Frage. Das Haben der Sache, sagt er, als eine Willensthat des Subjects kann entweder in Uebereinstimmung stehen mit dem „allgemeinen Willen", d. i. dem Gesetz — dann ist es Eigenthum —, oder sich lediglich auf den „besonderen Willen" stützen — dann ist es Besitz —, der Grund aber, warum der Wille selbst in dieser Richtung anerkannt, geschützt wird, liegt darin, daß der Wille „schon an sich ein Substantielles, zu Schützendes ist; der besondere Wille der Person, wo er sich in den Sachen äußert, ist ein Recht und muß als solches behandelt werden". Puchta[37]) nahm

---

37) In seiner zuerst im Rhein. Museum III. Nr. 17 erschienenen, später in seine Vermischten Schriften als Nr. 14 aufgenommenen Abhandlung: Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz? S. 255 ff. S. auch den dort zuerst erschienenen Aufsatz (Nr. 15): Ueber die Existenz des Besitzrechts. Trotz der geharnischten Polemik gegen Gans in der ersten Abhandlung erkennt er doch in der zweiten S. 265 Note a an, daß „ähnlich sich schon Gans ausgedrückt habe".

die Idee von Gans auf und gestaltete sie zu seiner bekannten Ansicht, daß der Besitz ein Recht an der eignen Person sei. Ihm zufolge „fordert der Wille eines Rechtsfähigen, auch noch ehe er als ein rechtlicher dargethan ist, bis auf einen gewissen (?) Grad rechtliche Anerkennung, eben weil es der Wille eines Rechtsfähigen, also möglicher Weise ein rechtlicher ist. In dem Besitz wird mithin die Möglichkeit von Rechten, also die Rechtsfähigkeit geschützt, das Besitzrecht ist nichts als eine besondere Species des Rechts der Persönlichkeit, es ist dieses Recht in seiner Anwendung auf die natürliche Unterwerfung von Sachen".

Während Gans sowohl wie Puchta die Frage vom Grunde des Besitzschutzes nur gelegentlich der Frage nach der rechtlichen Natur des Besitzes berühren, widmet Bruns[38]) ihr eine selbständige Untersuchung, bei der er sie jedoch von vornherein zu eng formulirt, indem er sie bloß auf Schutz gegen „Gewalt, gewaltsame Störung und Entziehung" beschränkt. Es sei nicht schwer, meint er, empirische Zweckmäßigkeitsrücksichten zur Begründung eines solchen Schutzes anzuführen, damit sei jedoch „bei einer Frage, wo die Wissenschaft entschieden innere juristische Nothwendigkeit aus der Natur des Besitzes selber verlange, wenig gewonnen". Von den beiden Bestandtheilen des Besitzes, dem physischen Gewaltverhältniß und dem Willen, trage ersteres als einfacher factischer Zustand auch nicht den geringsten Grund zu einem rechtlichen Schutz in sich, wohl aber letzteres. „Der im Besitz realisirte Wille, obschon er kein Recht begründet, sondern nur rein factisch, vielleicht im grellsten Widerspruch mit allem Recht, da ist, muß doch der allgemeinen Natur des

---

38) Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848. §. 58.

Willens zufolge geschützt werden. — — Der Wille ist an sich seinem Wesen nach absolut frei, gerade die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das gesammte Rechtssystem. Zwang und Gewalt gegen ihn sind also im Allgemeinen schon an sich ohne Rücksicht auf seine besondere Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches er geschützt werden muß. Nur wenn er in unmittelbaren directen Gegensatz gegen den allgemeinen Willen oder das Recht tritt (Widersetzlichkeit gegen die Staatsgewalt und thätlicher Angriff gegen einen Andern), erscheint er als besonderer unrechtlicher Wille, gegen den Zwang und Gewalt erlaubt ist. — — Der Besitz ist also kein Recht wie Eigenthum, Obligation u. s. w., sondern Factum, allein das Factum wird, weil es factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt. Im Schutz des Besitzes kommt daher erst die Persönlichkeit und Freiheit des Menschen zur vollen rechtlichen Anerkennung."

Dieser Auffassung haben sich Manche angeschlossen [39]), sie muß also wohl etwas Bestechendes haben, gleichwohl halte ich sie für völlig unhaltbar. Obschon von der Savigny'schen darin verschieden, daß sie das Verbot der Gewalt von innen heraus, aus dem im Besitz verkörperten concreten Willen motivirt, während Savigny dasselbe als ein Postulat der Rechtsordnung von außen her an den Besitz herantreten läßt, trifft sie doch in ihrem letzten Grunde mit ihm zusammen [40]), wie denn dies Savigny selber (S. 62) vollkommen richtig rücksichtlich Puchta's bemerkt hat. „Auch ich", sagt er, „erkläre jenen Schutz aus der Unverletzlichkeit der Person

39) So insbesondere Randa a. a. O. und auch Rudorff in der neusten Ausgabe von Savigny's Besitz S. 581. Windscheid, Pandekten §. 148 Note 6.

40) Dies erkennt auch Windscheid a. a. O. an.

und aus der Verbindung, in welche die Person mit einer Sache durch deren natürliche Unterwerfung getreten ist." Es ist mir sogar zweifelhaft, ob diese Verlegung des Unrechts der Gewalt aus der Sphäre der Rechtsordnung in die des subjectiven Willens eine Verbesserung und nicht vielmehr eine Verschlechterung der Savigny'schen Ansicht enthält, jedenfalls ist für mich das Verbot der Gewalt ungleich leichter vom Standpunkt der objectiven Rechtsordnung aus zu begreifen, als von dem des subjectiven Willens.

Ein Streit hat nur Aussicht auf Erledigung, wenn man sich vorher über den Standpunkt einig ist, den man dabei einnehmen will. Diese Bemerkung ist aber für die vorliegende Frage von größter Wichtigkeit, denn bei ihr scheint man den Standpunkt nichts weniger als fest innegehalten zu haben. Bald ist es das römische Recht, das man im Auge hat, bald ein beliebiges Idealrecht, das man sich zurecht legt, wie es eben paßt. Darum erkläre ich hier, daß ich bei der ganzen folgenden Erörterung ausschließlich das römische Recht zu Grunde lege. Führe ich den Beweis, daß die Theorie meiner Gegner sich mit dem römischen Recht in keiner Weise verträgt, weder mit der ihm zu Grunde liegenden Besitzeslehre, noch auch mit den von ihm befolgten allgemeinen Grundsätzen, wie ich diesen Beweis glaube liefern zu können, so mag jene Theorie immerhin einen rechtsphilosophischen oder legislativ-politischen Werth haben — darauf lasse ich mich nicht weiter ein, obschon ich selbst dies verneine — aber einen historischen Werth, eine dogmatische Wahrheit für das römische Recht kann sie dann nicht mehr beanspruchen, und das steht bei der vorliegenden Untersuchung allein in Frage.

Daß der Wille die vis agens des ganzen Privatrechts ist, darüber bin ich mit meinen Gegnern vollkommen einverstanden. Aber der Wille findet sein Maß und Ziel am Recht,

und eine rechtliche Macht ist er nur dann, wenn er die Bahnen innehält, die das Recht ihm vorgezeichnet hat. Daß er auch jenseits derselben, ohne die Unterstützung des Rechts und gar im offnen Widerspruch mit demselben eine Geltung beanspruchen könne, ist eine Unwahrheit; das Recht müßte mit sich selbst in Widerspruch treten, um sie ihm zu gewähren. Wie aus der Aufgabe des Rechts: „die ungehemmte (?) Bethätigung und Verwirklichung des individuellen Willens thunlichst zu gewährleisten", folgen soll: „daß der bethätigte Wille auch dann, wenn er nicht als berechtigter, sondern bloß als thatsächlicher auftritt, gerichtlich geschützt werden muß, und zwar gegen jeden ihm angethanenen, wie immer gearteten Zwang, der nicht in Form Rechtens erfolgt" (Randa S. 86), ist mir ein einfaches Räthsel[41]). Unterscheiden wir doch nur die Persönlichkeit und das auf rechtswidrige Weise begründete Verhältniß. Erstere bleibt trotz des begangenen Unrechts, was sie ist, und büßt von ihrem Rechtsschutz nichts ein. Aber daraus folgt durchaus nicht, daß die Persönlichkeit, wie ein wunderthätiger Heiliger, alles Schlechte, Kranke, Unreine, was sie berührt, adeln, heilen, reinigen könnte, daß sie alle rechtswidrigen Verhältnisse, in denen sich der Wille irgend ein Mal verkörpert hat, mit dem weiten Mantel ihres eignen Rechtsschutzes zudecken könnte. Diese Verhältnisse lassen sich von ihr selber sehr wohl unterscheiden, sie sind ihr Werk, aber

41) Um so unbegreiflicher ist mir dies bei dem Scharfsinn, den der Verfasser im Uebrigen an den Tag gelegt hat, als er selber auf die Schwäche der Savigny'schen Deduction, daß die gewaltsame Besitzentziehung an sich unrechtmäßig sei, aufmerksam macht. S. oben Note. Ist denn sein angebliches Recht des Willens, gegen jede Gewalt auch im Fall des Unrechts geschützt zu sein, etwas Anderes als eine andere Ausdrucksform des Savigny'schen Gedankens des Verbots der Selbsthülfe, die Uebersetzung des objectiven Rechtssatzes in die Form des subjectiven Rechts?

nicht sie selbst, man kann das Werk vernichten, ohne den Meister zu treffen[42]). „Aber der Schlag, den man gegen das Werk führt, ist als solcher schon ein Unrecht!" Das ist es, was ich bestreite. Es ist dies die Savigny'sche Idee des formalen in jeder Besitzverletzung enthaltenen Unrechts, die aber meines Erachtens am römischen Recht nicht die Probe besteht. Der Staat kann und wird stets dahin gelangen, die Gewaltthat innerhalb gewisser Gränzen zu verbieten, aber wenn und soweit er es thut, liegt das Motiv dazu für ihn nicht in dem Gedanken, daß Diebe und Räuber vermöge der Idee der absoluten Freiheit des Willens einen unweigerlichen Anspruch auf Schutz im ungestörten Genuß ihres Raubes haben, sondern in der legislativ-politischen Erwägung, daß die Selbsthülfe ein zweischneidiges Schwert ist, und daß er am besten thut, das Schwert der Gerechtigkeit selber in die Hand zu nehmen. Vom Standpunkt des Subjects aus vermag ich meinestheils nicht zur Verdammung der Selbsthülfe zu gelangen, und die Geschichte selber ist erst dazu gekommen, nachdem die Stufe der reinen Subjectivität des Rechts überwunden war. Was geschieht denn in Wirklichkeit dem Räuber für ein großes Unrecht, wenn der Beraubte bei der ersten Gelegenheit, wo er seiner habhaft wird, ihm die geraubte Sache wieder entzieht? Der Wille soll nicht gezwungen werden? Wird er etwa nicht gezwungen, wenn die Staatsbehörde ihm die Sache mit Gewalt entreißt? Aber das geschieht in Form Rechtens, lautet die Antwort. Gewiß, gleichwohl bleibt aber die Thatsache des Zwanges bestehen, der Wille ist also doch nichts so absolut Heiliges und Unantastbares, der Zwang

42) So verbietet zwar die Rücksicht auf das Recht der Persönlichkeit dem Gläubiger die Mißhandlung des flüchtigen Schuldners, aber keineswegs die Beschlagnahme der bei ihm angetroffenen Sachen, l. 10 §. 16 quae in fr. cred. (42. 8).

nichts so absolut Verwerfliches. Der Widerstand des unrechtmäßigen Willens gegen das Recht darf und soll gebrochen werden; wie das geschieht, ist eine reine Frage der Form, eine Frage, deren zweckmäßige Gestaltung zwar eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtspflege, aber kein Recht der Diebe und Räuber bildet — in meinen Augen ebensowenig, als die zweckmäßige Belagerung einer Festung ein Recht für die Belagerten.

Doch, hören wir das römische Recht über die Frage. Wir fragen: ist Selbsthülfe und Gewalt schlechthin ein Unrecht, unverträglich mit der Idee der Freiheit des Willens, wie dieselbe im römischen Recht verwirklicht erscheint?

Vom Standpunkt des ältern Rechts ist die Frage jedenfalls zu verneinen. Weit entfernt die Selbsthülfe prinzipiell zu verdammen und zu verfolgen, erblickte dasselbe in ihr umgekehrt einen natürlichen Ausfluß, eine nothwendige Consequenz der Willensfreiheit, die man nur nöthig hatte in die rechten Bahnen nnd Formen zu weisen [43]). Aber auch das neuere Recht räumt unter dem Einfluß dieser altnationalen Anschauungsweise der Selbsthülfe einen Umfang ein, der zu der obigen Ansicht sehr wenig stimmt. Der possessor justus hatte bis auf Justinian das Recht, den possessor injustus, wenn er sich zur Wehr setzte, gewaltsam (nur nicht mit gewaffneter Hand) zu dejiciren; ebenso der Verpächter, Vermiether, kurz der Besitzherr den auf seinen Namen besitzenden Detentor [44]), und der Abwesende Denjenigen, der wäh-

43) S. meinen Geist des Röm. R. I. §. 11 (Aufl. 2 S. 118 bis 167).

44) Diese letztere Consequenz, die ich stets gelehrt habe, ist jetzt ausführlicher begründet von K. Ziebarth, Die Realexecution und die Obligation. Halle 1866. S. 57 ff.

rend seiner Abwesenheit sich den Besitz seines Grundstückes angeeignet hat. Wie stimmt dies zu der Annahme, daß die Idee der Unverletzlichkeit oder absoluten Freiheit des Willens der treibende Gedanke der ganzen Besitzeslehre gewesen sei? Ob die römischen Juristen durch eine geschickte Wendung des Besitzbegriffes jene Fälle ganz oder zum Theil unter den Begriff der Selbstvertheidigung gebracht haben, ist gleichgültig. Das Entscheidende ist: alle jene Personen haben thatsächlich die Sache in Händen, und ihr Wille, sich in dem Verhältniß zu behaupten, tritt, wenn er sonst in Zweifel hätte gezogen werden können, deutlich hervor, indem sie sich zur Wehr setzen, sie leiden also jenes Unrecht, welches angeblich eine absolute Verletzung der Persönlichkeit enthält, und gegen welches das Recht Niemanden soll schutzlos lassen dürfen: Gewalt.

Anstatt also in der Lehre vom Besitz den formalen Gesichtspunkt eines in der Gewaltthätigkeit schlechthin gelegenen Unrechts anzuwenden, läßt das römische Recht sich durch den materiellen Gesichtspunkt des zwischen den Personen obwaltenden Rechtsverhältnisses leiten. Eine und dieselbe Gewaltthat an verschiedenen Personen oder gegen verschiedene Personen verübt, erfährt eine völlig andere Beurtheilung.

Was hier vom Besitz bemerkt ist, gilt auch für das Obligationenrecht. Ist der obige Gesichtspunkt begründet, so muß jeder Besitzer einer fremden Sache, auch der Dieb und Räuber, wegen Entwendung, Beschädigung die entsprechenden Delictsklagen haben. Ist dies der Fall? Nein! Die actio legis Aquiliae, condictio furtiva, actio furti, act. vi bonorum raptorum werden den genannten Personen und überhaupt jedem malae fidei possessor versagt, und zwar nicht bloß gegen den wahren Eigenthümer, sondern

gegen jeden Dritten [45]). Gerade bei diesen Klagen aber trat die Frage, um die es sich für uns handelt, in ungleich schärferer Weise als bei den possessorischen Interdicten an die römischen Juristen heran, denn hier stand ex professo die Delictsfrage zur Entscheidung. Ist es schlechthin ein Delict, einem Andern die Sache gewaltsam oder heimlich zu entziehen, oder sie zu beschädigen und vernichten, warum ermangeln jene Personen der angegebenen Schutzmittel? Welcher Widerspruch, in den sich die Gegner verwickeln: die possessorischen Klagen sollen eine Handlung als Delict verfolgen, welche bei den Delictsklagen nicht als Delict angesehen wird! Die angegebene Behandlungsweise galt bis zum **Decretum Divi Marci** auch für den Fall des Zwanges; der Schuldner, welcher vom Gläubiger gezwungen ward, hatte gegen ihn keine Klage — das angeblich formale Unrecht kam gegenüber dem materiellen Recht nicht zur Geltung [46]).

Aus alle Dem möchte sich doch wohl zur Evidenz ergeben, daß die obige Auffassung, der zufolge die Position des unrechtmäßigen Willens eine schlechthin unangreifbare, nur in Form Rechtens zu überwindende ist, der Wille, auch wenn er mit dem Rechte in Widerspruch steht, seiner selbst wegen einen Anspruch auf Schutz hat, keine römische, sondern eine moderne ist. Unmöglich kann sie also den Römern bei ihrer Gestaltung des Besitzinstituts zur Richtschnur gedient haben. Davon wollen wir uns nunmehr überzeugen.

Gewinnt das äußere Besitzverhältniß nur dadurch Bedeutung, daß der Wille in ihm sich verkörpert und verletzt wird,

---

45) Rücksichtlich der act. leg. Aq. l. 11 §. 6, 8 ad leg. Aq. (9. 2) rücksichtlich der übrigen Klagen s. oben S. 15.

46) l. 12 §. 2 quod met. (4. 2).

beruhen also die possessorischen Interdicte auf der Idee der Willensverletzung, so frage ich:

1. wie können dieselben gegeben werden in einem Fall, wo eine Willensverletzung gar nicht vorliegt, wo es sich vielmehr lediglich um Dasein oder Nichtdasein des Besitzes handelt?

Zwei Erbprätendenten, welche die Absicht haben, den Besitz des erbschaftlichen Grundstückes zu ergreifen, treffen von verschiedenen Seiten zu gleicher Zeit auf letzterem ein; sie wünschen zu wissen, wer von ihnen den Besitz erworben hat, ob einer in solidum oder beide gemeinschaftlich. Wer zweifelt, daß sie diese Frage mittelst des interd. uti possidetis zum Austrag bringen können? Oder müssen sie zu dem Zweck erst Thätlichkeiten begehen, um eine Willensverletzung zu constatiren? Zwei Mitbesitzer sind uneinig über eine vorzunehmende Reparatur, sie wünschen gerichtliche Entscheidung. Nach l. 12 Comm. div. (10. 3) erhalten sie dieselbe mittelst des interd. uti possidetis, ohne daß des Erfordernisses einer Gewaltthätigkeit dabei gedacht würde. Das interd. utrubi in seiner vorjustinianeischen Gestalt gewährte einen Besitzanspruch sogar gegen den dritten Besitzer, der die Sache nicht vom Kläger, sondern von irgend einem Andern und zwar möglicherweise auf völlig legalem Wege erhalten hatte. Der Gesichtspunkt eines Delicts war diesem Interdict ebenso fremd wie der rei vindicatio.

2. Wird der Wille geschützt, und kommt der Besitz nur als Manifestation desselben in Betracht, wozu das Erforderniß des Besitzes, wenn der Wille auf andere Weise klar ist? Ein Jäger verfolgt ein Wild, ein anderer schießt es ihm vorweg; warum wird hier nicht eine Klage gegen ihn gegeben wegen Vereitlung fremden Willens? In einem öffentlichen Lokal belegt Jemand einen Stuhl, ein Anderer, der es gesehen, nimmt

ihn für sich. Der Wille, den Stuhl für sich zu haben, war klar genug an den Tag gelegt, allein wer wird hier an eine possessorische Klage denken? Ob aber der Wille auf dauernde oder vorübergehende Innehabung einer Sache gerichtet ist, was kann das ausmachen? Verdient der Wille an sich Schutz, so muß man ihn in dem einen Fall so gut respectiren, wie in dem anderen.

3. Aber selbst innerhalb der Besitzestheorie welche Unbegreiflichkeiten! Warum kein Besitz an einer besitzunfähigen Sache, warum keine Klage für den willensfähigen Haussohn, warum kein Schutz für die Besitzer auf fremden Namen? In allen diesen Fällen ist der Wille als solcher ebenso unbestreitbar, als beim Diebe und Räuber, und soll es sich bei letzteren aus der Natur des Willens ergeben, daß die rechtliche Natur ihres Verhältnisses zur Sache gar nicht in Frage kommt, warum denn das Gegentheil in jenen Fällen? Es sind klägliche Scheingründe, mit denen man diesen offnen Widerspruch zu verhüllen oder zu beseitigen sucht. Die Sache liegt keineswegs immer so, daß der Inhaber selber den Grund kennt, welcher den juristischen Besitz in seiner Person ausschließt. Ein Haussohn, der auf Grund glaubwürdiger Nachrichten vom Tode seines Vaters sich für einen paterfamilias hält, hat unzweifelhaft den animus possidendi. Und doch wird er, wenn der Gegner nachweist, daß der Vater noch lebt, mit dem Interdict abgewiesen. Mir ist ein Fall bekannt, wo ein Holzhändler des Glaubens gelebt hatte, daß der von ihm seit Jahren benutzte Abladeplatz für sein Holz ihm gehöre, während es sich hinterher zeigte, daß ein Theil desselben locus publicus war. Die Stadtbehörde verlangte von ihm die Räumung des Platzes und ließ, da er sich nicht fügte, das Holz wegschaffen. Hier lag doch eine unzweifelhafte Verletzung des fremden animus possidendi vor, gleichwohl aber ward Kläger mit seinem

Possessorium gegenüber der liquiden Einrede der Besitzunfähigkeit der Sache abgewiesen. Der Erbe, der nicht weiß, daß sein Erblasser den Acker bloß gepachtet hat, muß sich für den Eigenthümer halten, hat also ebenfalls den animus possidendi oder domini. Aber was nützt ihm derselbe, wenn der Verpächter das wahre Sachverhältniß nachweist?

Und selbst wenn der Detentor den Grund, der den juristischen Besitz in seiner Person ausschließt, kennt: ich sehe nicht ein, was dies, wenn es lediglich auf den Willen als solchen ankommt, ändern soll? Warum sollten nicht diejenigen Personen, welche wie der Pächter und Miether ein auf ihre Erben übergehendes, relativ geschütztes Recht an der Benutzung der Sache haben, für ihren auf dies Nutzungsverhältniß gerichteten Willen dieselbe Anerkennung und denselben Schutz begehren dürfen, wie der vom beliebigen Widerruf abhängige Precarist, wie der durch ein jeder Zeit mögliches Zahlungsanerbieten zu entfernende antichretische Pfandgläubiger, wie der sein Recht auf seine Erben nicht transmittirende Usufructuar? Es ist eitel Spitzfindigkeit, wenn man einwendet, sie hätten nicht den Willen, zu besitzen. Regelmäßig haben sie von dem Unterschied zwischen Detention und juristischem Besitz nicht die geringste Vorstellung, ihr Besitzwille ist von dem jener anderen Personen in Nichts verschieden. Aber, wird man einwenden: sie dürfen ihn nicht haben. Nun gut, dann liegt der Grund, warum ihnen der Besitz abgesprochen wird, nicht in ihrem Willen, sondern in der Rechtsregel; nicht darum fehlt ihnen der Besitz, weil ihnen der Wille fehlt, sondern man spricht ihnen den Willen ab, weil das Recht ihnen keinen Besitz einräumt.

Wenn Bruns (S. 494) den Umstand, daß „Commodat und Miethe kein dingliches Recht, somit keine unmittelbare Herrschaft über die Sache geben" zur Erklärung zu benutzen

sucht, so frage ich: hat denn der Precarist ein dingliches Recht? Er hat nicht einmal ein relatives, wie es doch dem Pächter zur Seite steht; das Precarium kann ihm jeder Zeit entzogen werden. Und doch hat er den juristischen Besitz! Man setze einmal den Fall, das römische Recht hätte sich über das Besitzverhältniß beider Personen gar nicht ausgesprochen — und ich möchte wissen, ob irgend Jemand dasselbe aus der Idee der Freiheit und Unverletzlichkeit des Willens heraus deducirt haben würde.

Der Pächter hat nach römischem Recht keinen possessorischen Schutz, und dieser Satz galt in Rom früherhin auch für die Pächter der agri vectigales, bis sie durch das prätorische Edict petitorischen und possessorischen Schutz erhielten. Stand diese Neuerung mit ihrem Willen in Zusammenhang, ging mit ihm eine solche Veränderung vor, daß der Prätor sich gedrungen fühlte, dem entsprechend sie als Besitzer anzuerkennen? Schwerlich wird doch wohl Jemand glauben, daß der Pächter eines ager vectigalis einen andern Willen gehabt habe, als ein sonstiger Pächter.

Ich habe mich bei der vorstehenden Widerlegung auf die Hauptvertreter der obigen Ansicht beschränkt, und man wird nicht von mir verlangen, daß ich alle die Variationen und Wendungen, in denen dieselbe bei neueren Schriftstellern wiederkehrt, namhaft mache [47]). Nur mit Windscheid glaube ich insofern eine Ausnahme machen zu müssen, als der obige Gedanke bei ihm eine Fassung erhalten hat, die von der gangbaren nicht unerheblich abweicht. „Jeder,“ sagt er in seinen Pandekten (I S. 365), „ist im Staat dem Andern gleich,

---

47) Rücksichtlich der Auffassung von Lenz, das Recht des Besitzes und seine Grundlagen 1860 verweise ich auf Windscheid, Pandekten §. 150 Anm. 1.

Niemand soll sich über den Andern erheben. Jeder Wille, welcher sich im Besitz zur thatsächlichen Geltung bringt, ist, ganz abgesehen von der Berechtigung seines Inhalts, als solcher gerade so viel werth, wie jeder andere Einzelwille, welcher sich die Sache unterwerfen möchte; will ein anderer Einzelwille sich ihm gegenüber durchsetzen, so mag derselbe die höhere Entscheidung der vom Staat geordneten Organe der Rechtsordnung anrufen.“ Aber worauf beruht der zwingende Grund für dieses Anrufen, wenn jeder Wille gerade so viel werth ist wie der andere? Dann giebt, wie überall, wo Wille und Wille, Kraft und Kraft um den Preis ringen, das Uebergewicht der Kraft den Ausschlag. Oder kann der bisherige Besitzer in die Wagschaale werfen, daß er bereits seine Kraft bethätigt habe, und daß das Produkt seiner Kraft respectirt werden müsse? Wenn er bei der Aneignung das Recht zur Seite hatte, gewiß; wenn aber nicht, wenn sich also der Räuber, dem die Sache von einem zweiten mächtigeren Räuber abgejagt wird, lediglich auf seinen Besitz, d. h. die Thatsache seiner Kraftbethätigung beruft, so setzt ihm sein Gegner ganz dasselbe Argument entgegen; die Thatsache ist nunmehr auf seiner Seite. Stellt man den Besitz rein auf den thatsächlichen Willen, entbindet man ihn also damit von jeglicher Beziehung zum Recht, so ist er nichts als eine Prämie der Kraft, des Uebergewichts der Macht, und vergebens müht man sich ab mit Regeln, die dem Recht entlehnt sind, wie z. B. in pari conditione conditio possidentis melior est, die unvermeidliche Consequenz abzuwehren, daß die Kraft die Kraft besiegt. Mit Hülfe des bloß thatsächlichen Willens läßt sich der Besitz einmal nicht construiren. Der Wille, der sich mit dem Recht in Widerspruch setzt, kann keinen Schutz begehren, und wenn das Recht sich dennoch veranlaßt gefunden hat, ihm denselben in Bezug auf den Besitz zu ertheilen, so

muß der Grund davon nicht in dem Willen, sondern in etwas Anderm gesucht werden.

V.

Die absoluten Ansichten.

Die Stahl'sche Theorie.

Nach Stahl[48]) trägt der Besitz seine rechtliche Bedeutung in sich selbst, Stahl's Ansicht gehört also zu den soluten.

„Der Besitz dient ebenso wie das Eigenthum der allgemeinen Bestimmung des Vermögens: der Befriedigung der menschlichen Bedürfnisse durch die Sache. Darum ist es angemessen, daß auch ihm ein rechtlicher Schutz ertheilt werde, nur von anderer Art als der des Eigenthums, nämlich nicht eine Gewähr der Sache selbst und daher gegen jeden, der die Sache vorenthält, sondern nur eine Gewähr des factischen Zustandes, und daher nur gegen den, welcher diesen Zustand (durch seine positive That d. h Delict) aufhebt. — Die Absicht des Besitzers ist, den faktischen Zustand zu Sachen zu conserviren. Das Institut des Besitzes ist eine provisorische oder subsidiäre Regulirung desselben Lebensverhältnisses, dessen eigentlich beabsichtigte, definitive Regulirung das Institut des Eigenthums ist. Eben darum muß der Besitz auch in einer steten Beziehung zum Eigenthum stehen."

Der Grund des Besitzesschutzes liegt also nach der Stahl'schen Auffassung in dem ökonomischen Interesse, welches auch

---

48) Die Philosophie des Rechts. Bd. 2 Abth. 1 S. 364 fl. Aufl. 2.

das bloß factische Haben für die Verkehrszwecke hat. Dies Interesse ist nun zwar für den einzelnen Besitzer völlig unläugbar; ob der Besitzer berechtigt oder nicht berechtigt ist, verschlägt für die ökonomische Verwendung, welche er von der Sache machen kann und macht, nicht das Mindeste; wird ihm die Sache entrissen, so leidet er ökonomisch darunter. Aber dieser Gesichtspunkt des ökonomischen Interesses ist für das Recht allein nicht der entscheidende. Zu dem Interesse muß sich vielmehr noch ein Grund hinzugesellen, welcher der Person einen Anspruch auf rechtlichen Schutz verleiht. Wo dieses Moment fehlt, versagt das Recht seinen Schutz, das Interesse bleibt ein bloß factisches; wo es vorhanden ist, ertheilt das Recht denselben und erhebt damit das bloße Interesse zum Range eines Rechtes. Rücksichtlich des Verhältnisses der Person zur Sache hat nun das römische Recht diesen Schutz zuzunächst an den Begriff des Eigenthums geknüpft, d. h. an den Nachweis derjenigen Bedingungen, welche in der Theorie als Eigenthumserwerbungsarten aufgeführt werden. Es ist die Absicht, das Ziel des Rechts, den Zustand zu verwirklichen, der als factischer dem rechtlichen des Eigenthums entspricht, dem Eigenthümer den Besitz zu sichern. Nun ist es zwar begreiflich, daß das Recht im Interesse der öffentlichen Ordnung jede eigenmächtige Störung des factischen Zustandes der Sachen verbietet — eine Polizeimaßregel, wie z. B. das Verbot der Störung der nächtlichen Ruhe — allein daraus folgt keineswegs, daß bei einer Störung des Besitzers durch den Eigenthümer dem Rechtsstreit, der das Verhältniß beider Personen definitiv zur Entscheidung bringen könnte, eine Richtung auf den bloß factischen Zustand gegeben werden müsse, die an die Stelle der definitiven eine bloß provisorische Regulirung desselben setzt, indem sie dem Eigenthümer die Berufung auf sein Eigenthum abschneidet. Ueber dem Interesse der Conservation des

bloß factischen Zustandes steht doch das der Herstellung des rechtlichen, und so sehr es immerhin der Aufgabe der Polizei entspricht, sich rein auf den ersteren Zweck zu beschränken, so wenig stimmt es zu der Aufgabe des Richters, dem Recht zu Gunsten des bloßen Factums das rechtliche Gehör zu versagen. Stahl selber hat dies gefühlt und findet daher in der angeblich durch die deutsche Proceßpraxis zugelassenen liquiden Einrede des Eigenthums gegen das Possessorium einen Fortschritt in der Entwickelung der Besitzidee, während doch diese Aenderung, wenn sie in der That begründet wäre, was sie nicht ist, eine vollständige Aufgabe der römischen Besitzidee enthalten würde. Und um den römischen Besitzbegriff, nicht um einen beliebig selbstgemachten, handelt es sich doch bei unserer Frage.

Es gibt aber noch einen andern Punkt in der römischen Besitzeslehre, welcher mit der Stahl'schen Auffassung sich ebenso wenig vereinigen läßt; es ist jenes Verhältniß, das schon für so manche andere Versuche verhängnißvoll geworden ist: der Gegensatz zwischen dem juristischen Besitz und der bloßen Detention. Ist die Conservation des factischen Zustandes Grund und Zweck des Besitzesschutzes, warum beschränkt das römische Recht diesen Schutz auf den juristischen Besitzer? Sieht man auf das ökonomische Interesse der Person, so ist doch das des Miethers und Pächters kein geringeres als das des Diebes und Räubers; sieht man auf das angebliche rechtsphilosophische Motiv des Besitzinstituts: die Bestimmung des Vermögens, dem menschlichen Bedürfniß zu dienen, so dient die Sache dieser ihrer Bestimmung in den Händen des Einen so gut wie in denen des Andern. So bleiben gerade die beiden charakteristischen Züge der römischen Besitzeslehre: die Ausschließung der Rechtsfrage im Besitzproceß und die Unter-

scheidung des juristischen und natürlichen Besitzes für Stahl ungelöste Räthsel.

Und doch war er nahe daran, in den rechten Weg einzulenken! Er hätte zu dem Zweck nur die Idee der „steten Beziehung des Besitzes zum Eigenthum", welche er selber betont, weiter verfolgen sollen, sie hätte ihn sicher zum Ziel geführt. Aber diese Idee taucht bei ihm nur auf wie ein Gedankenblitz, eine momentane Ahnung des Richtigen ohne weitere Folge, wie es denn überhaupt zu den Eigenthümlichkeiten dieses reichen Geistes gehört, daß bei ihm nicht selten die Ideen sich drängen und überstürzen, und neben denjenigen, für die er sich entscheidet und die er zu begründen versucht, auch Ansätze völlig heterogener mit unterlaufen.

VI.

Der Besitz eine Eigenthumsposition.

Unvollständigkeit des Eigenthumsbesitzes ohne Besitzesschutz.

Ich wende mich nunmehr der Darlegung meiner eignen Ansicht zu. Ich fasse sie zusammen in den Satz: der Schutz des Besitzes als der Thatsächlichkeit des Eigenthums ist eine nothwendige Vervollständigung und Ergänzung des Eigenthumsschutzes, eine dem Eigenthümer zugedachte Beweiserleichterung, die aber nothwendigerweise auch dem Nichteigenthümer zu Gute kommt.

Der Gedanke, den Besitz mit dem Eigenthum in Verbindung zu setzen, ist, wie die bisherige Darstellung gezeigt hat, kein neuer.

Der Besitz ist „Ausübung des Eigenthums" (S. 20), „präsumtives, mögliches, anfangendes Eigenthum" (S. 24, 26),

er steht „in steter Beziehung zum Eigenthum" (S. 42) und selbst Savigny, so wenig er im Uebrigen diese Ansicht theilt, hat ihr doch eine gewisse Wahrheit zuerkannt, und vielleicht dürfte sie auch bei seiner Erfindung des animus domini nicht ohne Einfluß geblieben sein. Aber die Art, wie man diese Verbindung bisher zu begründen versucht hat, ist meines Erachtens keine befriedigende, und ich werde daher im Folgenden einen andern Weg einschlagen.

Gegen einen solchen erneuten Versuch könnte von vornherein die Art, wie die römischen Juristen jede Vermischung des Besitzes und Eigenthums zurückweisen, bedenklich machen. Nihil commune habet proprietas cum possessione, sagt Ulpian in l. 12 § 1 de poss. (41. 2); permisceri causas possessionis et ususfructus non oportet quemadmodum nec possessio et proprietas misceri debent, heißt es bei Venulejus in l. 52 pr. ibid., und in l. 1 § 2 uti poss. (43. 17) setzt Ulpian den Grund der Einführung des interd. uti possidetis darein: quod separata esse debet possessio a proprietate. Allein in welchem Sinne sind diese Aeußerungen gemeint? In einem Sinn, in dem sie unsere Ansicht gar nicht berühren, nämlich in dem der praktischen oder dogmatischen Selbständigkeit des Besitzes gegenüber dem Eigenthum. Für die Besitzfrage ist das Recht gleichgültig, im Besitzproceß ist jede Hineinziehung der Eigenthumsfrage principiell ausgeschlossen — zu diesem Resultat gelangen auch wir. Aber eine ganz andere Frage ist die legislative oder rechtsphilosophische Beziehung beider Institute, und um diese von den römischen Juristen kaum je [49]) aufgeworfene Frage handelt es sich im vorliegenden Fall.

---

49) Höchstens die dürftige in l. 1 §. 1 de poss. berichtete Aeußerung von Nerva: dominium rerum ex naturali possessione coepisse ausgenommen.

Der Eigenthumsschutz postulirt den Besitzschutz, letzterer ist ein unentbehrliches Complement des römischen Eigenthumssystems.

Niemand ist weiter wie ich davon entfernt, das römische Eigenthumssystem für die praktisch oder logisch allein zu rechtfertigende Gestalt des Verhältnisses des Menschen zur Sache anzusehen, aber wenn und wo dieses System einmal gelten soll, ist der Besitzesschutz zur Vervollständigung desselben in meinen Augen völlig unentbehrlich.

Ich kann mir einen Rechtszustand denken, der lediglich auf den Besitz gestellt ist, d. h. wo der Inhaber der Sache nur gegen den, der unmittelbar in sein Verhältniß zur Sache eingreift, mittelst possessorischer und Delicts-Klagen geschützt ist, ohne gegen dritte Personen die reivindicatio zu haben, allein ich kann mir keinen Zustand als praktisch möglich denken, der ausschließlich auf das römische Eigenthum mit Ausschluß des Besitzesschutzes basirt wäre, d. h. wo überall, wo es sich um eine Abwehr von Eingriffen in jenes Verhältniß handelte, der Eigenthumsbeweis erbracht werden müßte [49a]).

Man vergegenwärtige sich nur, wohin eine solche Behandlungsweise führen würde. Bei jeder Besitzesstörung müßte sich der Eigenthümer statt auf seinen Besitz auf sein Eigenthum berufen, mithin nöthigenfalls den Beweis desselben erbringen, und im Fall eines Diebstahls oder damnum injuria datum würde ganz dasselbe gelten, die Legitimation des Klägers müßte auch bei der cond. furtiva und der act. legis Aqui-

49a) Arndts in der Zeitschr. für Civilr. und Proceß, N. F. III. S. 414, meint umgekehrt: „Ein Rechtssystem, welches dem bloßen Besitz als solchen gar keinen Rechtsschutz darböte, würde zwar allerdings an einer fühlbaren Lücke leiden, aber die Erreichung des Zwecks des Eigenthums, wenn man nur die Eigenthumsklage nicht abschneidet, wäre dennoch nicht unmöglich."

liae durch den Beweis des Eigenthums erbracht werden. Was hieße dies anders, als: jeder, der sein Eigenthum nicht beweisen kann, ist vogelfrei?

Aber, wird man mir einwenden, das römische Recht hat ja in der That die genannten Deliktsklagen an den Nachweis des Eigenthums geknüpft; wird doch die condictio furtiva ausdrücklich auf den Eigenthümer beschränkt[50]), und gewährte doch die lex Aquilia die Klage wegen damnum injuria datum ebenfalls nur dem „herus", d. i. dominus[51]). Gewiß! Aber folgt daraus, daß der Kläger sein Eigenthum habe beweisen müssen? Diese Folgerung scheint so nothwendig zu sein, daß meine Frage den Eindruck einer quaestio Domitiana machen mag. Und doch halte ich die Frage nicht bloß für eine wohl aufzuwerfende, sondern ich verneine sie mit aller Entschiedenheit. Es ist ein verbreiteter Irrthum, daß der Kläger alle in unsern Quellen namhaft gemachten positiven Voraussetzungen seines Anspruches zu beweisen habe, so daß demzufolge positiver Thatbestand des Geschäfts und Beweissatz sich stets decken würden. Nur rücksichtlich der negativen Voraussetzungen: der Hindernisse seines Rechts, wie z. B. der Frage von der Usucapionsfähigkeit der Sache und der bona fides bei der Usucapion, hilft man ihm durch eine Präsumtion. Allein man mache einmal die Probe jenes Axioms. Erforderniß des Darlehns ist das Eigenthum der Geldstücke[52]), jener Ansicht zufolge müßte daher der Kläger bei der condictio ex mutuo dasselbe beweisen. Wird Jemand im Ernst glauben, daß ein römischer Richter einen so unsinnigen Beweis auferlegt habe? Wozu denn aber,

50) l. 1 de cond. furt. (13. 1): In re furtiva soli domino condictio competit.

51) l. 11 §. 6 ad leg. Aq. (9. 2): Legis autem Aquiliae actio hero competit i. e. domino.

52) l. 2 §. 4 de R. Cr. (12.1).

wird man fragen, jenes Erforderniß, wenn es nicht in Betracht kam? In Betracht kam es wohl, aber nicht von Seiten des Klägers, sondern des Beklagten, d. h. als Moment des indirecten Gegenbeweises. Für den Kläger genügt der Beweis der Hingabe des Geldes, Sache des Beklagten ist es, wenn er wegen mangelnden Eigenthumsüberganges die verbindliche Kraft des Darlehns bestreitet, diesen Beweis zu erbringen [53]). Nicht etwa der Chicane wegen war ihm dieser Einwand vorbehalten, der übrigens durch die geschehene Consumtion des Geldes und den dadurch nachträglich erfolgten Eigenthumsübergang beseitigt werden konnte [54]), sondern mit Rücksicht auf den Fall, daß ihm die vom Kläger gegebenen fremden Geldstücke vom wahren Eigenthümer evincirt worden waren. [55]). Ohne das Erforderniß des Eigenthumsüberganges wäre das Darlehn auch in diesem Fall schlechthin verbindlich gewesen, und im alten Recht, welches bekanntlich keine Exceptionen kannte, hätte der Beklagte, da es an den Voraussetzungen des Darlehns nicht gefehlt hätte, unabwendlich verurtheilt werden müssen. In dem Erforderniß des Eigenthums steckte also so zu sagen eine nur für einen ganz besondern Fall berechnete, vom Beklagten zu beweisende Einrede des ältern Rechts, ein Einwand in Ipso-jure-Form [56]).

Denselben Sinn, wie in diesem Fall hatte das Erforderniß des E i g e n t h u m s auch in manchen andern Fällen, so z. B. bei

53) arg. l. 13 §. 1 ibid. admonitus (creditor) alienos nummos fuisse.

54) l. 11 §. 2, l. 13 de R. Cr. (12. 1), l. 56 §. 2 de fidej. (46. 1).

55) Ein Beispiel in l. 1 §. 1 de stip. serv. (45.3) . . nummi tui manebunt, vindicando ergo eam pecuniam tu consequi potes. S. auch l. 15 i. f. de reb. dub. (34. 5).

56) Eine ausführliche Erörterung dieser Vertheidigungsform des ältern Processes s. in meinem Geist des R. R. III S. 65 fl., wo auch S. 76 das Beispiel im Text bereits benutzt ist.

dem legatum per vindicationem[57]). Zur Gültigkeit desselben ward erfordert, daß der Testator das Eigenthum der Sache gehabt habe[58]). Hätte dies den Sinn gehabt, daß der Legatar, der ja gar keine Beweisdocumente in Händen hatte, dem Erben, der, wenn irgend einer sie besaß, diesen Beweis hätte führen sollen, es wäre wohl in den meisten Fällen um das Legat geschehen gewesen. Was der Satz beabsichtigte, war ebenfalls nur, dem Erben einen Einwand offen zu halten, nämlich den, daß der Testator einen ihm nicht gehörigen Gegenstand legirt habe; seine Sache war es, diesen Einwand vorzuschützen und zu beweisen.

Eine ganz ähnliche Bewandniß hatte es mit dem Erforderniß des Eigenthums an dem Sclaven für die von letzterem für seinen Herrn abgeschlossenen Rechtsgeschäfte. Glaubt man etwa, daß jeder, der aus einem solchen Geschäft belangt ward, den Herrn zum Nachweis seines Eigenthums hätte zwingen können? Auch hier war es Sache des Beklagten, durch Nachweis des mangelnden Eigenthums die Unwirksamkeit des Geschäfts darzuthun, und Justinian ging sogar so weit, ihm diesen Gegenbeweis abzuschneiden und die Bezeichnung des Sclaven in der Stipulationsurkunde als eines dem Kläger gehörigen für absolut beweiskräftig zu erklären[59]).

Diese Beispiele, die ich durch manche andere aus andern Rechtsgebieten als dem Eigenthum vermehren könnte, mögen einen Anhaltspunkt geben zur Beantwortung der Frage, welchen Sinn das Erforderniß des Eigenthums bei der cond. furtiva und act. legis Aquiliae gehabt haben mag. In meinen Augen nur den, daß sie dem Beklagten die Möglich-

57) Ich habe mich darüber ebenfalls schon am angeführten Ort II S. 350, 351 geäußert.

58) Gaj. II 196.

59) l. ult. Cod. de cont. stip. (8. 38) . . tales scripturas omnifariam esse credendas.

keit eröffnete, durch den Nachweis, daß die Sache nicht dem Kläger, sondern einem Andern gehörte, sich der Klage zu entziehen[60]). So wie der Beklagte der act. furti dadurch ausweichen kann, daß er nachweist, der Kläger selber habe die Sache irgendwem gestohlen[61]), habe also kein Interesse daran, so auch bei jenen Klagen, indem er darthut, daß die Sache nicht dem Kläger, sondern einem Andern gehöre.

Ich kann mir denken, daß diese Ansicht, eben weil sie nicht direct in den Quellen ausgesprochen ist, in den Augen aller Derer, deren Denken über den unmittelbaren Inhalt der Quellen nicht hinausgeht, keine Gnade finden wird, und ich würde nicht gerade erstaunen, wenn ein Student in einem Praktikum dem Kläger, dem bei einer Darlehnsklage oder der condictio furtiva und act. legis Aquiliae das Eigenthum von Seiten des Beklagten bestritten würde, den Beweis seines Eigenthums auferlegen wollte. Bei einem Praktiker halte ich eine solche Verirrung für unmöglich, bin vielmehr der Ueberzeugung, daß derselbe, auch ohne daß unsere Theorie ihm dazu Anleitung gibt, von selbst denselben Grundsatz zur Anwendung bringen wird, den der Code Napoleon in Art. 2230 ausspricht: on est toujours présumé posséder pour soi et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre[62]).

Was ist nun aber mit der bisherigen Ausführung für

---

60) Daß man beim damnum injuria datum späterhin auch dem bonae fidei possessor eine act. in factum einräumte, l. 11 §. 8 ad leg. Aq. (9. 2), interessirt uns hier nicht.

61) l. 12 §. 1 de furt. (47. 2).

62) S. auch art. 2279: en fait de meubles la possession vaut titre. Die Präsumtion: posséder pour soi galt auch in der römischen Praxis, s. das Zeugniß bei Paul. Sent. Rec. V l. 1 §. 2 sufficit ad probationem, si rem corporaliter teneam.

die Frage vom Besitzesschutz gewonnen? Ich meine Folgendes. Das römische Recht weist die cond. furtiva und act. legis Aquiliae dem Eigenthümer zu, aber den Beweis erleichtert es ihm dahin, daß der Nachweis der bloßen Thatsächlichkeit des Eigenthums, d. h. des Besitzes genügt — bis auf erbrachten Gegenbeweis gilt der Besitzer als Eigenthümer. Das Motiv dieser Beweiserleichterung liegt nicht ausschließlich in der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises auf Seiten des Klägers, denn dann müßte sie überall eintreten, wo dieser Beweis zu führen wäre, also auch bei der reivindicatio und negatoria, sondern wesentlich mit in dem Delikt auf Seiten des Beklagten. Wie bestimmend das letztere Moment für den Maßstab gewesen ist, den das römische Recht für den Beweis zur Anwendung bringt, zeigt, um anderer Beispiele zu geschweigen, das juramentum in litem; die Beweiserleichterung, welche dasselbe für den Beweis des Interesses gewährt, hat ihren Grund ebenfalls nicht bloß in der Schwierigkeit dieses Beweises, sondern eben so sehr in dem dolus oder der contumacia des Beklagten.

Die Beweiserleichterung, die dem Eigenthümer bei den angegebenen Klagen zu Theil wird, wiederholt sich bei dem Besitz; der Beweis der Thatsächlichkeit des Eigenthums ersetzt auch hier den Beweis des Eigenthums. Nur darin findet bei den Besitzklagen eine Abweichung von dem obigen Verhältniß Statt, daß die bei letzterem dem Beklagten nachgelassene Möglichkeit der Entkräftung dieses Beweises durch Nachweis eines fremden oder eignen Eigenthums hier grundsätzlich ausgeschlossen ist. Diese principielle Ausschließung der Eigenthumsfrage drückt dem Besitz seinen eigenthümlichen Charakter auf. Woher diese Verschiedenheit? Bei den obigen beiden Delictsklagen wird der Thäter, der an den vermeintlichen Eigenthümer die ge-

stohlene Sache herausgegeben oder für die beschädigte Schadensersatz geleistet hat, dadurch von seiner Haftpflicht gegenüber dem wahren Eigenthümer nicht frei[63]), und dieser Umstand würde ihn, wenn man ihm den angegebenen Beweis abschnitte, der Gefahr aussetzen, doppelt leisten zu müssen. Eine solche Gefahr aber droht dem Beklagten im Besitzproceß nie. Mit der Restitution des Besitzes an den Kläger, auch wenn letzterer nicht Eigenthümer ist, beziehungsweise der Unterlassung fernerer Störung ist er aller denkbaren Ansprüche aus seiner Handlung überhoben.

Der hier entwickelten Auffassung des Besitzesschutzes zufolge läßt sich der Besitz als eine Eigenthumsposition, als ein Vorwerk des Eigenthums bezeichnen. Nicht seiner selbst wegen ist derselbe da, sondern um des Eigenthums willen. In dem Besitz vertheidigt sich der Eigenthümer gegen die ersten Angriffsversuche auf sein Recht, es wird auf diesem Terrain keine Entscheidungsschlacht über das Eigenthum geschlagen, sondern es bleibt bei einem bloßen Scharmützel, einem Vorpostengefecht, bei dem, wenn ich den Vergleich durchführen darf, es nicht des schweren Geschützes bedarf, sondern für welches die leichte Waffe ausreicht, — — gegen Diebe und Räuber vertheidigt man sich nicht mit Kanonen!

Um des Eigenthums willen also ist der Besitzesschutz eingeführt. Aber dem Eigenthümer kann man ihn nicht zuwenden, ohne zugleich den Nichteigenthümer daran participiren zu lassen. Denn ermäßigt man den eigentlich erforderlichen Eigenthumsbeweis zu dem Nachweis der bloßen Thatsächlichkeit

63) L. 76 § 1 de furt. (47,2) ... cum posteriore fure dominus furti agere potest, fur prior non potest — — — sed et condictionem (habet) quia ex diversis factis tenentur.

des Eigenthums, so kommt diese Beweiserleichterung jedem zu gute, der diese Voraussetzung in seiner Person nachzuweisen vermag. Damit gewinnt der Besitz dem Eigenthum gegenüber eine Selbständigkeit und Unabhängigkeit, die es ihm möglich macht, anstatt ausschließlich dem Eigenthum zu dienen, sich auch umgekehrt gegen dasselbe zu kehren. Denselben Dienst, den der Besitz dem besitzenden Eigenthümer erweist, ihn in leichter Weise gegen Nichtbesitzer zu schützen, erzeigt er auch dem besitzenden Nichteigenthümer gegen den nichtbesitzenden Eigenthümer.

Die richtige Auffassung dieses Verhältnisses ist nun in meinen Augen das eigentliche Punctum saliens der ganzen Besitzeslehre. Faßt man es als die normale Gestalt des Besitzes auf, so gelangt man mit Nothwendigkeit zu den obigen Theorieen, welche den Zweck des Besitzes in ihm selber suchen; erblickt man dagegen mit mir den Zweck des Besitzes in der dem Eigenthümer zugedachten Beweiserleichterung, so erscheint jenes Verhältniß als eine bloße Verschiebung der normalen Gestalt des Besitzes. Den Vertheidigern jener Ansicht ist dies Verhältniß Zweck des Besitzes, mir eine unvermeidliche Consequenz desselben, der Preis, den das Gesetz zahlen muß, um dem Eigenthümer den ihm zugedachten erleichterten Eigenthumsschutz zuzuwenden.

Eine schlagende, mit dem Besitz zusammenhängende Parallele gewähren die Inhaberpapiere. Sie verdanken ihre Einführung demselben Motiv der Vereinfachung und Erleichterung des Beweises, welches der obigen Ansicht zufolge den Schutz des Besitzes hervorgerufen hat: der Beweis der Gläubigerschaft wird ersetzt durch die Vorweisung der Urkunde. Aber eben damit wird dieser Vortheil neben dem wahren Gläubiger auch dem Diebe und Räuber zugewandt; auch hier also kehrt eine Einrichtung, die im Interesse des wahren Berech-

tigten in's Leben gerufen ist, sich gegen ihn, indem sie dem Nichtberechtigten die Realisirung des Anspruchs ermöglicht.

In diesem Verhältniß tritt die meiner obigen Auffassung von Besitzesschutz zu Grunde gelegte Unterscheidung zwischen den beabsichtigten und nichtbeabsichtigten Wirkungen eines Instituts [64]) in so evidenter Weise hervor, daß Niemand darüber im Zweifel sein und auf den unsinnigen Einfall verfallen wird, nicht das Recht des wahren Gläubiger, sondern das des Diebes und Räubers seiner Erklärung des Instituts zu Grunde zu legen.

So einfach steht nun allerdings die Sache beim Besitz nicht, und wir können hier die Ansicht, welche auch den Besitzesschutz des Diebes und Räubers als eine vom Gesetz erstrebte Wirkung des Besitzes bezeichnet, keineswegs von vornherein als eine unsinnige zurückweisen. Es liegt uns mithin ob, wenn wir die obige Unterscheidung zwischen den beabsichtigten und den nicht beabsichtigten, aber unvermeidlichen Wirkungen eines Instituts auf den Besitz zur Anwendung bringen wollen, unsere Berechtigung dazu entweder aus allgemeinen Gründen oder aus dem römischen Recht darzuthun. Auf erstere verzichte ich, — nicht, weil ich meinerseits ihnen keinen Werth beilegte, sondern weil ich weiß, wie wenig man damit in der Regel ausrichtet. Möge also das positive Zeugniß des römischen Rechts allein den Ausschlag geben.

Die römischen Juristen sprechen sich bekanntlich so gut wie nie über den legislativen Zweck eines Instituts aus, und vergebens würde man auch bei unserer Frage nach derartigen

---

64) Ich habe nicht nöthig, sie durch andere Beispiele zu erläutern, sie bieten sich ungesucht in Menge dar, beispielsweise nenne ich die Rechtskraft des Urtheils. Es ist eine leidige Consequenz der Rechtskraft des Urtheils, daß auch das ungerechte Urtheil unumstößlich wird, aber wer wird darin den Zweck der Einrichtung erblicken!

Aeußerungen von ihnen sich umsehen. Dagegen bieten unsere Quellen zwei Argumente dar, um auf indirectem Wege die Richtigkeit der obigen Ansicht darzuthun, von denen ich das eine (die Beziehung der interd. retinendae possessionis zum Eigenthum) der spätern Darstellung (VII) vorbehalten muß, das andere hier mittheilen will. Es ist früher bemerkt (Not. 45), daß das römische Recht den Dieb, Räuber, überhaupt den malae fidei possessor des Rechtsschutzes für unwürdig erklärt, ihnen die persönlichen Klagen wegen heimlicher oder gewaltsamer Entziehung oder wegen Beschädigung der von ihnen besessenen fremden Sachen abspricht. Wenn diese Personen nun gleichwohl des Besitzesschutzes theilhaftig werden, so kann der Grund meines Erachtens nur darin gefunden werden, daß die Zulassung der Rechtsfrage, wodurch diesem Resultat vorgebeugt werden könnte, den Werth des Besitzesschutzes für den Eigenthümer wesentlich beeinträchtigen würde, indem damit dem Gegner eine Quelle von Weiterungen, Chicanen und leeren Ausflüchten eröffnet würde. Besser aber, daß ausnahmsweise auch der Unwürdige am Besitzesschutz participirt, als daß letzterer selber abgeschwächt wird.

Ausnahmsweise, sage ich, und darüber muß ich einige Worte hinzufügen. In der Besitztheorie stehen zwar der unrechtliche und rechtliche Besitzer sich völlig gleich, sie kennt hinsichtlich beider weder Regel noch Ausnahme. Aber im Leben stellt sich die Sache anders. Man vergleiche einmal die Fälle, wo das normale Verhältniß des Eigenthums Platz greift, d. h., wo sich der Besitz in den Händen des Eigenthümers oder dessen, dem er ihn verliehen hat, befindet, mit denen, wo der Nichtberechtigte den Besitz hat, und man wird nicht daran zweifeln, daß letztere jenen gegenüber die verschwindenden Ausnahmen bilden. Und von ihnen kommen wiederum für die Statistik der Besitzprocesse die meisten, nämlich die, welche beweg-

liche Sachen betreffen, in Abzug, denn bei ihnen ersetzen regelmäßig die Deliktsklagen die Besitzklagen. Bleiben somit im Ganzen und Großen nur die unbeweglichen Sachen[65]. Nun frage man sich, wie viele davon statt in den Händen des Berechtigten in denen eines Nichtberechtigten sich befinden mögen; ich glaube nicht ein Procent, vielleicht nicht 1/10 Procent. Ist dies aber richtig, so sage ich: der oben entwickelten Auffassung, der zufolge der Besitzesschutz dem Eigenthümer zugedacht ist, entspricht auch der Erfolg; regelmäßig ist es der wirklich Berechtigte, der sich des Besitzesschutzes bedient. Insofern ist mithin die Ansicht, welche den Besitz (ich wiederhole die obige Beschränkung: soweit er für die Besitzesklagen relevant wird) als präsumtives Eigenthum bezeichnet, vollkommen zutreffend; das Mangelhafte dieser Ansicht besteht nur darin, daß sie, anstatt dieses statistische Moment zur Unterstützung anzuführen, in ihm den eigentlichen Grund erblickt.

Ich will jetzt das Resultat meiner bisherigen Ausführungen in einer Weise zusammenfassen, die Jedem, der meine Ansicht prüfen oder widerlegen will, die Aufgabe wesentlich erleichtern wird, nämlich in Form von Thesen. Ich stelle folgende Thesen auf:

1. Daß Diebe und Räuber Schutz im ungestörten Genuß des unrechtmäßigen Guts verdienen, entspricht weder der Rechtsidee, noch dem römischen Recht. Der Staat mag allen Grund haben, Gewaltthätigkeiten zu verbieten, daraus aber

---

65) Die Glosse war sogar der Ansicht, daß nur unbewegliche Sachen eigentlich besessen werden könnten, Savigny a. a. O. S. 105, wozu allerdings der römische Sprachgebrauch von possessiones im Sinn von Grundstücken, und wie Savigny S. 99 meint, auch die Legaletymologie von possidere beigetragen haben mag.

folgt durchaus noch kein Rechtsanspruch jener Personen gegen diejenigen, welche dies Verbot übertreten haben, die Uebertretung ließe sich eben so gut bloß polizeilich oder criminell ahnden[66]); aus einer Uebertretung der Feuer- und Lichtordnung gewinnt der dadurch bedrohte Nachbar keine Klage.

2. Wenn diese Personen gleichwohl der Besitzesschutzes theilhaftig werden, so liegt der Grund nicht in ihnen, sondern in etwas anderm.

3. Das Eigenthum, auf sich selber, d. h. auf den strengen Eigenthumsbeweis gestellt, wäre das unvollkommenste, unbeholfenste Institut von der Welt. Nach Verschiedenheit der Verhältnisse bedarf es und giebt es eine Abstufung innerhalb des Eigenthumsbeweises:

1. Beweis einer in der Vergangenheit liegenden Erwerbungsart des Eigenthums,
   a) der äußern und innern Voraussetzungen: **reivindicatio, negatoria.**
   b) bloß der äußeren: **publiciana actio.**
2. Beweis des thatsächlichen Bestehens des Eigenthums in der Gegenwart, d. i. des Besitzes, und zwar entweder
   a) mit Vorbehalt des Gegenbeweises eines fremden Eigenthums als Einrede des mangelnden Interesses: **cond. furtiva** und **act. leg. Aquiliae**; oder
   b) ohne diesen Vorbehalt: Besitzklagen.

4. Die Erleichterung des Beweises bei dem Besitzesschutz ist berechnet für den Eigenthümer.

66) Ein Beispiel bietet die l. Cod. per vim (8. 5), welche den Richter anweist, von Amtswegen sich des Besitzes abwesender Personen anzunehmen (judices absentium qui cujuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in jure personas).

5. Regelmäßig kommt sie nur ihm zu gute.

6. Der Rechtfertigungsgrund für diese Erleichterung liegt in dem widerrechtlichen Verhalten des Beklagten.

7. Der Zweck dieser Erleichterung würde vereitelt durch Hineinziehen der Rechtsfrage.

8. Eine Folge davon ist, daß auch der unrechtmäßige Besitzer am Besitzesschutz participirt.

9. Der richtige Ausdruck für die praktische Bedeutung des Besitzes ist daher der einer Eigenthumsposition.

Ich werde nunmehr den Versuch machen, meine Ansicht aus den Quellen zu beweisen, und zwar soll dies in doppelter Richtung geschehen, zuerst nämlich in Bezug auf die Schutzmittel des Besitzes, sodann in Bezug auf die materielle Gestaltung desselben.

VII.

Die Schutzmittel des Besitzes.

1. Die interd. retinendae possessionis.

Die früheste Veranlassung, bei der im römischen Recht der Besitz als Gegenstand richterlicher Verfügung erscheint, ist die Vindicienertheilung im alten Vindicationsproceß. Der Prätor ertheilte einer der beiden Partheien die Vindicien d. h. er überwies ihr für die Dauer des Processes den Besitz. Diese Maßregel konnte denkbarerweise einen doppelten Sinn haben, nämlich entweder den, daß sie dem Besitzer bloß die factischen Vortheile des Besitzes, d. h. den Genuß der Sache, oder den, daß sie ihm auch die rechtlichen Vortheile des Besitzes d. h. die Befreiung von der Beweislast zuwenden sollte. Für letztere Ansicht hat sich noch in jüngster Zeit eine gewichtige

Autorität ausgesprochen[67]), ich kann mich ihr jedoch nicht anschließen. Nach der Art, wie Gajus sich ausdrückt, hatte der Prätor in der Ertheilung der Vindicien freie Hand[68]); er durfte also, wenn es ihm gut schien, auch dem Nichtbesitzer den Besitz zusprechen. Welchen bedenklichen Einfluß auf die definitive Entscheidung des Processes hätte er aber damit ausüben können, wenn er dadurch den Kläger von der Beweislast befreit hätte; in wie vielen Fällen entscheidet die Beweislast über das Recht! Bei jener Ansicht ist nicht berücksichtigt, daß der ältere Vindicationsproceß ein **judicium duplex** war, bei dem beide Partheien als Vindicanten auftraten (**vindicatio** und **contravindicatio**), mithin in gleichem Maße beweispflichtig waren und wo folglich nicht der absolute Beweis des Eigenthums, sondern das relative Uebergewicht der von beiden Seiten vorgebrachten Beweisgründe den Ausschlag gab[69]).

Fragen wir nun, was sich dieser Einrichtung für unsern Zweck entnehmen läßt, so ist es ein Doppeltes. Zuerst nämlich die interessante Thatsache, daß der Besitz bei seinem ersten

---

67) von Bethmann-Hollweg, Der Civilprozeß des gemeinen Rechts Bd. 1 Abth. 1 S. 144.

68) Gaj. IV, 16 secundum alterum eorum vindicias dicebat i. e. aliquem possessorem constituebat. Ueber die Rücksichten, durch welche der Prätor sich dabei leiten lassen mochte, s. eine Vermuthung in meinem Geiste des R. R. III. S. 99.

69) S. meine Ausführungen a. a. O. S. 90 fl. Es war dasselbe Verhältniß, wie im altenglischen Eigenthumsprozeß, wo die den Geschwornen vorgelegte Frage nicht darauf lautete, ob Kläger Eigenthum habe, sondern: utrum A vel B majus jus habeat in terra illa, Gneist, Selfgovernment S. 80. Ein Beispiel aus späterer Zeit, das an das salomonische Urtheil erinnert, s. bei Sueton. Galba c. 7: cum de proprietate jumenti quaeretur levibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili conjectura veritatis ita decrevit, ut ad lacum, ubi adaquari solebat, capite involuto atque ibidem revelato ejus esset, ad quem sponte se a potu recepisset.

Auftreten in der Geschichte des römischen Rechts in engster Verbindung mit dem Eigenthum und dem Eigenthumsstreit erscheint. Das Possessorium, um in heutiger Sprache zu reden, bildet hier ein integrirendes Moment des Petitoriums; daß dasselbe unabhängig von letzterem hätte vorkommen können, ist unglaublich, denn die einzige Form, in der wir es kennen: Vindicienertheilung, war nur denkbar im Eigenthumsproceß, die **interdicta retinendae possessionis** aber, welche diese Form im späteren Proceß ersetzen und verdrängen, können unmöglich bereits neben ihr existirt haben — eine solche Cumulation zweier demselben Zweck dienstbarer Rechtsmittel für die älteste Zeit hat alle historische Analogie gegen sich. Die zweite Beobachtung, die sich uns bei Betrachtung jener Einrichtung aufdrängt, besteht in der Unabhängigkeit der Besitzesfrage von der Gewalt. Allerdings spricht der die Vindication eröffnende Scheinkampf scheinbar für das Gegentheil, allein auch nur scheinbar. Wie wenig nämlich sich die Vindicienertheilung unter den Gesichtspunkt bringen läßt, daß der Prätor mittelst derselben den Besitzer gegen die Störung von Seiten des Nichtbesitzers schütze, erhellt zur Genüge daraus, daß, wie oben bemerkt, der Prätor dem bisherigen Nichtbesitzer, also dem, von dem die Störung ausgegangen war, die Vindicien ertheilen konnte. Jener Scheinkampf hatte lediglich eine symbolische Bedeutung, er documentirte, wie es eben der Weise des älteren Rechts entsprach, durch Handlungen statt durch Worte die Thatsache der gegenseitigen Bestreitung des Eigenthums. Wenn also der Prätor der einen Parthei den Besitz zusprach, so geschah es nicht darum, weil sie im Besitz gestört war, und nicht weil damals bereits der Anspruch des Besitzers als solchen auf obrigkeitlichen Schutz anerkannt gewesen wäre, sondern gerade umgekehrt, weil er n i c h t anerkannt war und es darum eben für die Dauer des Processes einer interimistischen Regu-

lirung der Besitzesfrage bedurfte. In gewissem Sinne kann man also sagen, daß im älteren Recht der Begriff des Besitzes überall noch nicht existirte, denn er existirt nicht, wo nicht der Besitzer als solcher Schutz und Anerkennung findet. Es wäre müssig, zu fragen, ob man nicht schon in ältester Zeit auf denjenigen, der die Vindicien erhalten hatte, den Namen **possessor** angewandt habe. Daß man in ihm in Wirklichkeit etwas Anderes sah, als die spätere Zeit in ihrem **possessor**, nämlich nicht den bloßen thatsächlichen Inhaber, sondern den einstweiligen Eigenthümer, dafür nehme ich, wenn man das Zeugniß, das Livius uns über den ältesten Vindicationsproceß aufbewahrt hat, nicht gelten lassen will [70]), auf eins aus späterer Zeit Bezug, das trotz der scharfen Scheidung, die inzwischen rücksichtlich der Begriffe des Eigenthums und Besitzes erfolgt war, denselben Ausdruck auf das entsprechende Verhältniß des neuern Processes anwendet. Ein Rescript von Antoninus Pius bezeichnet den Besitzer der Erbschaft, welcher dem Kläger die (an die Stelle der **praedes litis ac vindiciarum** des ältesten Vindicationsprocesses getretene) Caution bestellt hat, als interimistischen Eigenthümer (**interim domini loco habetur**) und knüpft daran die praktische Consequenz, daß die erbschaftlichen Sklaven nicht gegen ihn der Tortur unterworfen werden dürfen — eine Bestimmung, die Callistratus dem wir diese Notiz verdanken, unter Benutzung desselben Ausdrucks auch auf den Fall der Vindication eines Sklaven anwendet [71]).

Interimistisches Eigenthum also war der ursprüng-

---

70) **Liv. III, 44: interim dominum sequi ancillam aequum esse.**

71) **L. 15 § 2 de quaest. (48. 18).**

liche Sinn der Vindicienertheilung, nicht die Zuweisung des nackten Besitzes im Sinn der heutigen Besitztheorie, und erst damit gewinnt der Streit um die Vindicien sein volles Verständniß. Der Vindicationsproceß bewegt sich über das Eigenthum nicht hinaus, aber der Maßstab, mit dem der Prätor bei Beginn desselben letzteres mißt, ist ein anderer, als der, den später der Richter anlegt; es ist der für den Zweck einer provisorischen Verfügung ausreichende Primafacie-Beweis gegenüber dem zum Zweck der definitiven Entscheidung nöthigen erschöpfenden. So erscheint denn in der That der Besitz im ältesten Recht als das, was er unserer Theorie nach sein soll: als Eigenthumsposition.

Wenden wir uns nunmehr dem neueren Rechte zu, so liegt das historische Successionsverhältniß, in dem die interd. retinendae possessionis zu den Vindicien stehen, zu offen auf der Hand, als daß es sich der Beobachtung hätte entziehen können [72]). Nach den übereinstimmenden Zeugnissen unserer Quellen (s. u.) sind diese Interdicte desselben Zwecks halber eingeführt, dem im ältesten Proceß die Vindicien dienten, nämlich für den Eigenthumsprozeß das interimistische Besitzverhältniß zu reguliren. Aber es ist nicht bloß eine Aenderung in der Form, sondern eine wesentliche sachliche Umgestaltung, die sich damit vollzogen hat, und zwar eine dreifache. Erstens nämlich ist die Besitzfrage aus einem Gegenstande des discretionären Ermessens des Prätors eine Sache geregelter richterlicher Entscheidung geworden, der Besitz wird nicht mehr verliehen, sondern er wird untersucht, d. h. er hat sich zu einem selbständigen, vom

72) Ueberraschend ist es mir gewesen, diese Ansicht im Anschluß an eine ganz beachtenswerthe Darstellung der Vindicien bereits bei einem Schriftsteller zu finden, bei dem ich sie nicht gesucht haben würde, nämlich bei Schilter, Praxis jur. Rom. Exerc. 16 § 10.

Eigenthum unabhängigen Verhältniß gestaltet. Eng damit zusammen hängt zweitens der Einfluß, den der Besitz im neueren Vindicationsproceß ausübt und bei seiner nunmehrigen Behandlung ausüben konnte, nämlich die Befreiung des Besitzers von der Beweislast — eine Maßregel, die sich formell auf das Wegfallen der contravindicatio und die damit ausgesprochene Verwandlung des judicium duplex in ein judicium simplex stützte. Die dritte nicht minder wesentliche Aenderung bestand in der Ablösung des Possessoriums vom Petitorium. Während die Vindicien nur bei Gelegenheit des Vindicationsprocesses vorkommen konnten, verhält sich dies bei jenen Interdicten anders. In ähnlicher Weise, wie im Mittelalter das Summariissimum, welches anfänglich eine Incidentverfügung des Ordinarium gewesen war (portio interdicti uti possidetis), sich von letzterem ablöste und sich zum Range eines selbstständigen Rechtsmittels erhob, riß sich mittelst jener Interdicte die Besitzfrage vom Eigenthumsproceß los. Die Idee eines dem Besitz nöthigen Schutzes gegen frivole Störungen ist dabei schwerlich die maßgebende gewesen, denn für vergangene Störungen gewähren sie keinen Ersatz, dazu dienen andere Rechtsmittel, z. B. das interdictum quod vi aut clam, die act. injuriarum, act. leg. Aquiliae, sondern es ergab sich dies in meinen Augen daraus, daß es dem Eigenthümer nicht verwehrt werden konnte, sich des durchgreifenderen Schutzes der reivindicatio und negatoria zu enthalten, wenn das minder durchgreifende der Besitzrechtsmittel bereits seinen Zweck erfüllt hatte. Damit war freilich die Möglichkeit gegeben, daß auch ein Besitzer, der sich keinerlei Eigenthumsansprüche berühmte, mit vollem Erfolg die Interdicte anstellen konnte; der Besitz war principiell vom Eigenthumsstreit emancipirt, so oft er auch thatsächlich noch in Verbindung mit letzterem vorkommen mochte.

Diese letztere Situation des Besitzes, welche uns den bloßen Besitzer als solchen: den eigenmächtigen Occupanten, den Dieb und Räuber als möglichen Sieger dem Eigenthümer gegenüber vor Augen führt, enthält, wie oben (S. 53) bemerkt, das eigentliche Räthsel des Besitzes, mit ihr sind wir bei dem Kreuzwege angelangt, wo der Entschluß, welchen Weg wir einschlagen wollen, für den ganzen Verlauf der Untersuchung entscheidend wird. Ist jene Situation der Normalfall des Besitzes, ist es Zweck jener Interdicte gewesen, diese Personen in gleicher Weise des Schutzes für würdig zu erklären, wie den Eigenthümer, oder ist der Besitzschutz berechnet auf den Eigenthümer, die Erstreckung desselben auf die genannten Personen aber nur eine unvermeidliche Consequenz, haben wir uns also als Normalfall und Motiv jener Interdicte den Eigenthümer zu denken?

Hören wir, was das römische Recht auf unsere Frage erwidert.

1. Das historische Motiv der Einführung jener Interdicte wird in das Interesse der Besitzregulirung beim Eigenthumsstreit gesetzt.

Angesichts der unzweideutigen, wiederholten Nachrichten unserer Quellen, welche dies bezeugen [73]), kann jeder Versuch, für die Einführung jener Interdicte einen andern Ausgangspunkt zu gewinnen, auf sich beruhen bleiben [74]). Nicht der Gedanke, daß auch geraubtes und gestohlenes Gut unter den

---

73) Gaj. IV. § 148, Ulpian, in L. 1 § 3 uti poss. (43. 17). § 4 J. de interd. (4. 15), Theophilus ibid.

74) Bis auf Savigny hat man auch meines Wissens diesen Versuch nicht gemacht, s. z. B. die Glosse und die Institutionencommentare von Jan. a Costa, Vinnius, Otto zu der citirten Institutionenstelle; gegen den Versuch von Savigny s. v. Vangerow, Pandekten § 336 Anm. 1.

Schutz des Rechts gestellt zu werden verdiene, hat diesen Interdicten das Leben gegeben, sondern die schon in den Vindicien des ältesten Processes verwirklichte Idee einer provisorischen Regulirung des Eigenthumsverhältnisses, sie erfassen also den Besitz in der That unter dem von mir aufgestellten Gesichtspunkt: dem eines Vorwerks des Eigenthums, einer Eigenthumsposition.

2. Diese Beziehung desselben zum Eigenthumsstreit kehrt bis in's neueste römische Recht hinab stets wieder.

In unsern Quellen ist von ihnen kaum die Rede, daß nicht dabei zugleich des Streits über das Eigenthum gedacht würde [75]). Außer den Stellen in der Note vergleiche man

l. 35 de poss. (41. 2). Exitus controversiae possessionis hic est tantum, ut prius pronunciet judex, uter possideat..... et tunc de domino quaeratur.

l. un. Cod. uti poss. (8.6)... de proprietate cognoscet.

l. 1 Cod. de interd. (8. 1)... orta proprietatis et possessionis lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo qui de possessione victus est, exigantur.

l. 13 Cod. de reiv. (3. 32): Ordinarii juris est ut mancipiorum orta quaestione prius exhibitis mancipiis de possessione judicetur ac tunc de-

75) So auch beim Freiheitsprozeß: die „pronuntiatio" über das Besitzverhältniß, d. h ob der angebliche Sklave in possessione libertatis oder servitutis war, ist der erste Akt im judicium liberale, l. 7 § 5 de lib. causa (40. 12).

mum proprietatis causa ab eodem judice decidatur.

l. 1 Cod. si de mom. poss. (7. 69).. ita possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.

l. un. Cod. Theod. Utrubi (4. 23).. bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, tunc causam originis (colonorum) et proprietatis agitari (im Cod. Just. die l. 14 de agric. 11. 47).

Ja, selbst in den Basiliken (50, 3, 72) wird das interd. uti poss. in ausschließliche Beziehung zur Vindication gesetzt:

Quando de possessione movetur actio uti possidetis, is vincit, qui nec vi nec clam nec precario possidet; et deinde aut satisdat et suscipit reivindicationem aut non satisdat et possessio ad alterum transfertur.

Dem Possessorium als erstem Schritt schließt sich hiernach als zweiter („deinde"), also als selbstverständliche Folge das Petitorium an.

Diese Ideenassociation zwischen Besitz und Eigenthum oder Possessorium und Petitorium wiederholt sich auch in entgegengesetzter Weise, d. h. wie in jenen Stellen ersteres auf letzteres führt, so giebt umgekehrt letzteres Veranlassung, des ersteren zu gedenken, man sehe z. B. l. 24 de R. V. (6. 1):

Is qui destinavit rem petere; aut animadvertere debet an aliquo interdicto possit nancisci possessionem. l. 3 Cod. Theod. unde vi (4. 22) i. f., l. 3 Cod. fin. reg. (3. 39).

3. Das Possessorium und Petitorium werden als Stücke eines und desselben Rechtsstreits bezeichnet, ersteres als Präparation des letzteren als der causa principalis.

Die l. 3 Cod. Theod. de judic. (2. 18) (etwas verändert in l. 10 Cod. Just. de judic. 3. 1) enthält ein Edict von Constantin, in dem er verbietet, das Possessorium und Petitorium an zwei verschiedene Richter zu bringen, und selbst die Nachsuchung einer kaiserlichen Dispensation davon mit Strafe bedroht. Das Interessante dieser Constitution für unsern Zweck liegt in der Art, wie sie sich über das Verhältniß des Possessoriums zum Petitorium äußert. Beide werden als ein zusammengehöriges Ganze bezeichnet („qui causae continentiam dividit"), das in uno eodemque judicio poterat terminari", und dem Streit „super possessione" wird der „super principali quaestione" entgegengesetzt [76]).

In der l. 1 § 45 de aqua quotid. (43. 20) stellt Ulpian ein durch den Nachweis des Rechtes bedingtes Interdict dem possessorischen wegen der Wassergerechtigkeiten entgegen und bemerkt von ersterem:

> in hoc interdicto totam quaestionem finiri assignationis, non enim praeparat hoc interdictum causam ut superiora interdicta, nec ad possessionem temporariam pertinet, sed aut habet jus adsignatum sibi aut non habet et interdictum totum finitur.

Die possessorischen Interdicte also, sagt er, die sich lediglich auf das vorübergehende Besitzverhältniß beziehen („ad possessionem temporariam pertinent"), erledigen nicht das Streitverhältniß selber, wie das in Rede stehende es thut, sondern sie bereiten

---

76) Anderwärts causa principalis l. 1 Cod. Theod. unde vi (4. 22) negotium principale, l. 3 Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi (9. 10) Symmachus Ep. X, 41 de possessione ... judicari, principalem vero causam .... reservari.

bloß die endliche, definitive Entscheidung desselben vor (praeparant causam).

So konnte denn auch die l. 5 Cod. de poss. (7. 32) für den dem Imploranten in Aussicht gestellten Besitzesschutz den Ausdruck gebrauchen: „Praeses dominii tui jus convelli non sinet.“ Der Besitzesschutz gehört zum „jus dominii“, eine Entziehung desselben würde den Eigenthumsschutz beeinträchtigen: „jus dominii convellere.“

4. Das natürliche, normale Verhältniß bei den possessorischen Interdicten ist, daß der Eigenthümer sie anstellt.

Mit dürren Worten hat das freilich kein römischer Jurist gesagt, aber man prüfe unbefangen die

> l. 8 de vi (43. 16) von Paulus: Fulcinius dicebat vi possideri, quotiens vel non dominus, cum tamen possideret, vi dejectus est.

ob es in ihr nicht liegt.

Eine gewaltsame Besitzergreifung, sagt der Jurist, ist selbst dann vorhanden, wenn ein Nichteigenthümer, der aber besaß, dejicirt ist. Wenn er es für nöthig hält, dies rücksichtlich des Nichteigenthümers als etwas Besonderes hervorzuheben, so drückt er damit, wie ich meine, deutlich genug aus, daß er sich als den, für den das Interdict eigentlich bestimmt ist, und der regelmäßig den Besitz hat, den Eigenthümer denkt, wie denn in der That der letztere Ausdruck abwechselnd mit Besitzer gebraucht wird, z. B. l. 12 ibid.

Dieselbe Vorstellung wiederholt sich auch bei dem interdictum de precario. Auch bei ihm bedienen sich die römischen Juristen zur Bezeichnung des Klägers des Ausdrucks: dominus, s. z. B. l. 4 § 4. l. 6 pr. l. 12 pr. de precario (43. 26) und zur Bezeichnung des Objects des Eigenthumsprädikats, l. 15 pr. nostro utatur, l. 3 per fundum meum, l. 18 ibid. rem suam. Auch bei ihm hält es ein Jurist für

der Mühe werth, dieselbe Bemerkung zu machen, wie oben beim interd. unde vi. Sed et si eam rem, sagt Venulejus in l. 7 ibid., cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset, ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto. Der Vertrag, daß das Precarium bis zu einer gewissen Zeit nicht gekündigt werden könne, ist unwirksam; nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam invito domino possidere liceat, l. 12 pr. ibid. Eigenthum in der Person des Empfängers schließt die Gültigkeit des Precariums aus l. 4 § 3 ibid.; dem Bedenken, daß der Verpfänder sich vom Pfandgläubiger den Besitz precario zurückgeben lassen könne, begegnet Ulpian in l. 6 §. 4 ibid. damit, daß es sich dabei um ein precarium possessionis, non proprietatis handle — ein Gesichtspunkt, auf den ich unten zurückkommen werde.

Die obige Vorstellung, daß der Besitzer regelmäßig Eigenthümer sei, über deren relative Wahrheit wir uns bereits oben (S. 55) ausgesprochen haben, hat einen gesetzlichen Ausdruck gefunden:

5. in der Bestimmung des römischen Rechts, der zufolge die possessores, d. h. die Besitzer von Ländereien innerhalb der Gemarkung, von prozessualischen Cautionen frei sein sollen [77]).

Unter den possessores sind hier nicht die wirklichen Eigenthümer gemeint, wie Savigny a. a. O. annimmt [78]), sondern die Besitzer als solche, weil und insofern sie sich als

---

77) l. 15 qui satisd. (2. 8).

78) Denn in der Erklärung des Ausdrucks in §. 1 der citirten Stelle giebt der Jurist ihn nicht durch dominus wieder, sondern er behält den Ausdruck possidere bei: qui rem soli possidet.

Eigenthümer geriren und muthmaßlich es sind[79]). Daran schließt sich

6. der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, welcher **possessor** für **dominus**, **possessio** für (Grund-) Eigenthum nimmt.

In dem Besitz gewinnt das Eigenthum sichtbare Gestalt, der Besitz ist das Eigenthum in seiner vollen Wirksamkeit, seiner normalen Gestalt. Kein Wunder, daß der Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens, der so gern das Sichtbare für das Unsichtbare nimmt, von einem Grundbesitzer und Besitzthum spricht, wo er den Grundeigenthümer und das Eigenthum meint; so bei uns, so bei den Römern[80]). Anders allerdings der Sprachgebrauch des Rechts und des Juristen; allein wo eine genaue Scheidung beider Begriffe nicht geboten ist, spielt jene Vorstellung des gewöhnlichen Lebens, welche in dem Besitzer den Eigenthümer erblickt, auch in das Gebiet des Rechts und der Jurisprudenz hinüber[81]).

Doch wir kehren wieder zu den possessorischen Interdicten zurück.

---

79) Darum gilt der Pfandgläubiger, auch wenn er besitzt, nicht als possessor in diesem Sinn §. 2 ibid., denn er prätendirt überall nicht Eigenthümer zu sein, „non enim opinione domini possidet" wie es in l. 22 §. 1 de nox. act. (9. 4) von ihm heißt.

80) Savigny a. a. O. S. 104. Interessant ist die Definition von Cornelius Fronto, die er anführt: habere potest etiam fur et nequam, possidet nemo nisi qui ... rei dominus est.

81) Insbesondere in den Constitutionen der Kaiser, s. z. B. l. 12 Cod. de poss. (1. 32) l. 1 Cod. de praesc. (7. 33) l. 2 Cod. de probat. (4. 19) l. 1 Cod. si per vim (8. 5); selbst dominium possessionis kommt vor, l. 2 Cod. Theod. de bon. mat. (8 18). Daß auch die römischen Juristen „possessiones" für Grundstücke, d. h. das Eigenthum daran nehmen, ist bekannt; eine Anwendung s. in l. 78 de V. S. (50. 16).

Ein Verhältniß gab es, wo dieselben ihre Dienste versagten, nämlich beim Erbfall. Da der Besitz des Erblassers mit seinem Tode untergeht, so fällt die Aneignung erbschaftlicher Sachen Seitens dritter unberechtigter Personen nicht unter den Gesichtspunkt einer Besitzentziehung, es können mithin rücksichtlich ihrer die interdicta retinendae oder recuperandae possessionis nicht Platz greifen.

Hätte nun das römische Recht diese Lücke nicht mittelst der hereditatis petitio ausgefüllt, so würde der Erbe der Beweiserleichterung, welche der Besitz dem Eigenthümer gewährt, verlustig gehen und müßte bei der ihm dann allein noch übrig bleibenden reivind. oder Publiciana act. den strengen Beweis des Eigenthums, bez. der bonae fidei possessio seines Erblassers liefern. Gerade der Umstand nun, daß und wie das römische Recht in Form der her. pet. die possessorischen Interdicte ersetzt [82]), liefert mir

7. ein neues Argument für die Richtigkeit der von mir vertheidigten Ansicht — die hered. petitio übt die Function der possessorischen Klagen aus.

Denn, wie letztere, setzt auch sie den Beweis des thatsächlichen Habens [83]) an die Stelle des Beweises des Rechts. Ist, wie die Willenstheorie behauptet, der Besitz lediglich des Willens wegen geschützt, der sich darin realisirt, beruht der possessorische Schutz lediglich darauf, daß der Wille des Besitzers mißachtet worden ist, wie gelangt denn jenes

---

82) Ich habe diese Idee schon vor Jahren in meiner Inauguraldissertion de hereditate possidente, Berol. 1842 p. 40 gelegentlich ausgesprochen.

83) Freilich nicht bloß des juristischen Besitzes, sondern auch der bloßen Detention, l. 19 pr. de her. pet. (5. 3), was übrigens accessorisch auch noch bei dem interd. unde vi des neuern Rechts möglich ist.

ehemalige, im entscheidenden Moment bereits entseelte, d. h. vom Willen entblößte Haben des Erblassers zu einem Schutz? Man entgegne nicht: es sei kein possessorischer Schutz. Denn der Begriff des letztern bestimmt sich nicht darnach, ob er die uns geläufige Form der possessorischen Interdicte an sich trägt, sondern ob ein thatsächliches Verhältniß ohne Beweis des Rechts anerkannt und geschützt wird.

Unter Lebenden erfordert dies thatsächliche Verhältniß regelmäßig den Willen und heißt Besitz; mit dem Tode fällt der Wille und folgeweise die Möglichkeit einer Statuirung des Besitzbegriffs hinweg, aber damit keineswegs auch das praktische Bedürfniß jenes Schutzes; das Motiv des Besitzesschutzes, d. i. die dem Eigenthümer gegen directe Eingriffe in seine Rechtssphäre zu gewährende Beweiserleichterung behält auch hier seine volle Geltung. Dem Besitz entspricht hier der Zustand des ungestörten Verbleibens der Sache in der Masse [84]). Ich fürchte keinem Mißverständniß ausgesetzt zu sein, wenn ich sage: es fehlt hier zwar der Besitz, aber nicht die Besitzidee. Was dem Besitz seine praktische Bedeutung giebt, ist nicht die subjectiv-psychologische Wirkung, daß der Besitzer sich als Besitzer fühlt und weiß — es ist dies vielmehr nur das regelmäßige Kennzeichen (s. u.) — sondern seine Bedeutung für das Eigenthum: die Usucapion und der Besitzschutz. Beide Wirkungen sind auf das obige Verhältniß übertragen. Die Usucapion läuft fort, und die hered. petitio gewährt den Besitzschutz, Beides, ohne daß Besitz da ist.

---

84) l. 40 §. 1 de poss. (41. 2) ... si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hereditate coloni manserit. In Bezug auf Usucapion (die possessio qualisqualis der l. 88 de acq. her. 29. 2) s. 6 §. 2 pro emt. (41. 4) ... si nemo eum possedisset.

Wird der Pächter bei Lebzeiten des Verpächters dejicirt, so hat letzterer gegen den Dejicienten das interd. unde vi, wird er es nach dem Tode desselben, so hat dessen Erbe die hered. petitio; für beide Klagen reicht der Beweis des Besitzes aus.

Damit ist dem Tode der nachtheilige Einfluß, den er nach der Theorie des Besitzes auf das Eigenthumsrecht, diesen Ausdruck im weitern Sinn genommen, ausüben müßte, entzogen, die Lücke, die der Untergang des Besitzes für das Recht des Erben hervorruft, ausgefüllt, das Motiv des Besitzes repetirt, so zu sagen, außerhalb der Sphäre des Besitzes. Gerade daran aber bewährt sich, was der letzte Grund, die eigentliche vis agens des Besitzes ist: nämlich nicht der Wille, sondern die Unentbehrlichkeit des Besitzes für das Eigenthumsrecht.

Das genannte Verhältniß ist übrigens nicht das einzige, bei dem in dieser Weise der praktische Zweck des Besitzes über die theoretische Formulirung desselben als eines Willensverhältnisses triumphirt. Personen, welche keinen Willen haben, wie Wahnsinnige, Kinder und juristische Personen[85]), können aus diesem Grunde eigentlich auch nicht besitzen. Aber ihnen den Besitz absprechen, hieße ihre Eigenthumsstellung in empfindlichster Weise gefährden, und diese letztere Rücksicht ist so entscheidend, daß das praktische Bedürfniß die theoretischen Bedenken überwindet[86]): die Thatsächlichkeit des Eigenthums (mittelst Ausübung desselben durch ihre Stellvertreter) gilt auch bei jenen

---

85) Rücksichtlich der letztern s. l. 1 §. 22 de poss. (41. 2) municipes per se nihil possidere possunt, quia uni consentire non possunt, d. h. weil ihnen der Besitzwille fehlt.

86) Sed hoc jure utimur, sagt Ulpian in der l. 2 ibid., ut et possidere et usucapere municipes possint, womit das Verhältniß im Text deutlich ausgedrückt ist.

Personen als Besitz, sie usucapiren und haben die Interdicte. Hätte das römische Recht dem Erben mittelst der hered. petitio und des Satzes, daß die Usucapion auch während der hereditas jacens fortlaufe, nicht schon in anderer Weise geholfen, so würden die römischen Juristen schwerlich davor zurückgebebt sein, wie bei jenen Personen, so auch bei der hereditas jacens „utilitatis causa" einen Besitz ohne Besitzwillen zuzulassen, — die Usucapion ohne Besitz ist um nichts besser, als possessorische Interdicte ohne Besitz.

Die hered. pet. überhob sie dieser Verlegenheit. Dieselbe geht bekanntlich nicht gegen jeden, der Sachen aus der Erbschaft, sondern nur gegen den, der sie pro herede vel pro possessore besitzt. Warum nur gegen letztern? Aus demselben Grund, aus dem die possessorischen Interdicte nicht gegen den dritten Besitzer, sondern nur gegen denjenigen gegeben werden, der uns unmittelbar den Besitz entzogen hat, oder uns ihn bestreitet, d. h. die Beweiserleichterung, welche beide Rechtsmittel gleichmäßig dem Kläger gewähren, daß er nämlich nicht den Beweis seines Eigenthums zu erbringen hat, sondern mit dem Beweis der äußern Thatsächlichkeit desselben auskommen kann, bedarf der besonderen Motivirung aus der Person des Gegners. Bei der Besitzverletzung liegt diese Motivirung in dem von ihm begangenen Unrecht (S. 51), in dem „vi aut clam"; diesem Moment entspricht bei der hered. pet. der titulus pro possessore[87]) — bei einem Besitzstreit (controversia de possessione) darin, daß nur der Besitz, nicht das Eigenthum den Gegenstand des Streits bildet. Diesem Fall des uti pos-

87) In l. 37 §. 1 de usurp. (41. 3) wird sogar der Begriff der vis darauf angewandt, indem die Möglichkeit der Besitzaneignung eines erbschaftlichen Grundstücks „sine vi" auf den Fall: si dominus sine successore decesserit" beschränkt wird.

sidetis entspricht die hered. pet. gegen den **pro herede possidens**. Es hätte keinen Sinn, dem Kläger diesem Beklagten gegenüber den Beweis des Eigenthums des Erblassers aufzubürden, denn nicht darum dreht sich ihr Streit, wer das Eigenthum, sondern wer als Erbe den Besitz beanspruchen kann. Gegen denjenigen dagegen, welcher weder pro herede, noch pro possessore besitzt, ist die hereditatis petitio ebensowenig am Platz, wie die possessorischen Interdicte gegen die dritten Besitzer unserer Sachen, ihnen gegenüber bedarf es der reivind. oder der Publiciana.

So übt also die hered. pet. in der That die Function der possessorischen Rechtsmittel aus. Daß sie ausschließlich diesem Zweck diene, habe ich damit nicht behaupten wollen; genug, daß sie auch ihn verfolgt. Daß sie selbst dabei über die Voraussetzung des juristischen Besitzes hinausgeht, ist bereits früher (Note 83) bemerkt. Das thatsächliche Haben, welches bei den possessorischen Interdicten zu dem Begriff des juristischen Besitzes verengt ist, erhält bei der her. petitio dieselbe Ausdehnung, wie bei den auf Rückgabe entzogener Sachen gerichteten Delictsklagen [88]); es erstreckt sich auf alle zur Masse gehörigen Sachen, also auch auf die, welche der Erblasser bloß detinirte, soweit sich daran für den Erben ein Interesse knüpft [89]). Eine andere Erweiterung den possessorischen Interdicten der klassischen Zeit gegenüber liegt in der weiten Ausdehnung des titulus pro possessore [90]); ich werde

88) Non utique spectamus rem in bonis actoris esse ... si tamen ex bonis sit .. si ex bonis hoc est ex substantia mea res ablata esse proponatur l. 2 § 22 Vi bon. (47. 8).

89) l. 19 pr. de her. pet. (5. 3) .. quorum tamen periculum ad heredem pertinet.

90) l. 13 §. 1. l. 16 §. 4 u. a. de her. pet. (5. 3) l. 14 § 2 quod met. (4. 2). In der letztern Stelle wird dem Erben die her.

bei Gelegenheit des int. unde vi (VIII) den Nachweis liefern, daß die spätere Kaiserzeit dem recuperatorischen Besitzesschutz dieselbe Ausdehnung gegeben hat.

So viel zur Begründung meiner Ansicht über die Bedeutung der possessorischen Klagen. Wenn ich sie als die meinige bezeichne, so weiß ich kaum, ob man mir dazu das Recht einräumen wird. Denn so sehr auch Savigny und diejenigen, welche ihm darin gefolgt sind, den Zusammenhang der Besitzrechtsmittel mit dem Eigenthum aus den Augen verloren haben, so hat es doch weder in älterer, noch neuerer Zeit an solchen gefehlt, welche denselben betont haben. Angesichts der unzweideutigen Aeußerungen unserer Quellen ist die Beziehung der interd. retinendae possess. zum Eigenthumsstreit bis auf Savigny meines Wissens nie bezweifelt worden [91]), ja in der Praxis ging man sogar noch einen Schritt über die Quellen hinaus. Geleitet von der Idee, daß das Possessorium und Petitorium im Grunde nur Phasen eines und desselben Eigenthumsprocesses seien [92]), und darum ersterem, wo es isolirt geltend gemacht werden sollte, entschieden abgeneigt [93]), lehrten manche ältere Praktiker, daß der Richter

---

pet. sogar gegen denjenigen gegeben, der den Erblasser gewaltsam des Besitzes beraubt hatte.

91) Man vergleiche z. B. die älteren Exegeten zu § 4 J. de interd. (4. 15).

92) Daher die Regel: finis possessorii est principium petitorii s. z. B. Gaill. Obs. pract. I. 7 §. 3; 32 § 11, der seinerseits auf frühere Juristen Bezug nimmt.

93) So Schilter, Praxis jur. Rom. Indem er die durch die Einführung der interd. retin. poss. ermöglichte Unabhängigkeit des Possessorium vom Petitorium als eine vom Prätor selber nicht beabsichtigte, sondern erst später aufgekommene Neuerung und als eine entschiedene Verschlechterung des älteren Rechts bezeichnet, welches en Vindicienproceß nur als integrirenden Theil der reivind. gekannt

in possessorio, wenn das Eigenthum sofort liquid sei, im Interesse der Abkürzung des Streits nicht possessorisch, sondern petitorisch erkennen solle [94]) eine Ansicht, die auch noch in unserm Jahrhundert einzelne Vertreter gefunden hat [95]), im Ganzen und Großen aber dem bestimmenden Einfluß, den die Savigny'sche Schrift über den Besitz auf Theorie und Praxis ausgeübt hat, erlegen ist. Daß Savigny seinerseits nach der andern Seite zu weit gegangen ist, indem er seinem Gesichtspunkt von dem delictsartigen Charakter der Interdicte zu Liebe den quellenmäßigen Ausgangspunkt für die interd.

---

habe (Exerc. 16 §. 10), warnt er den Richter, zu willfährig in Zulassung von Possessorien zu sein und ermahnt ihn, den Streit „et quoad possessionem et proprietatem eodem judicio compendiose terminare." Er beruft sich sogar auf einen Schriftsteller „qui pie monuit, remedia possessoria in conscientia valde esse periculosa; nam nullo modo posse quem sine periculo animae possessorio remedio agere, etiamsi in eo bonum faveat jus nisi etiamsi in judicio proprietatis res ad eum pertineat, et aliter agendo scienter mortaliter peccari et ad omnes expensas damna et interesse parti victae teneri" (Exerc. 13 § 12).

94) z. B. Perez Prael. ad Cod. lib. 8 tit. 6 §. 20. Lauterbach, Coll. theor. pract. 43, 17 §. 13 und die daselbst Citirten. Mevii Decis. pars VII dec. 248: Notorium dominium facit cessare interdictum uti possidetis et defensionem possessionis. Leyser ad Pand. Spec. 468 med. 31 unter Bezugnahme auf ein Urtheil der Helmstädter Juristenfacultät; die entgegengesetzte Ansicht bezeichnet er als einen vetus ac pervulgatus error, qui in jure fundamentum non habet, sed etiam rationi juris et aequitati adversatur." Pufendorf Obs. II Nr. 113 unter Bezugnahme auf ein Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Celle und Geltendmachung des Gesichtspunktes: „cum judicia possessoria praeparandi inprimis petitorii gratia inventa sint, qua praeparatione in petitorio manifesto non amplius indigemus".

95) S. dieselben bei Schmid, Handb. des gemeinen Civilprocesses III. S. 84, außerdem Thibaut, Pandekten § 210 nebst den dort Genannten, und Stahl, Rechtsphil. II. Abth. 1 S. 303 (Aufl. 2).

ret. poss. verschmähte und auch ihre Function bei der rei- vindicatio unter den Delictsgesichtspunkt zu zwängen suchte, dürfte nach den Ausführungen neuerer Schriftsteller [96]) kaum noch in Zweifel gezogen werden. Das interd. uti possidetis ist in meinen Augen der Prüfstein einer jeden Besitztheorie. Wer sich genöthigt sieht, das Erforderniß der Gewalt, das die Quellen für dasselbe nirgends aufstellen, künstlich in dasselbe hineinzutragen, hat damit in meinen Augen schon bekundet, daß seine Theorie dem römischen Recht nicht entspricht. Schwerer wiegt, daß eine solche Theorie auch dem praktischen Bedürfniß nicht gerecht wird, denn letzteres erfordert einmal unweigerlich die Eröffnung des Rechtsweges über die controversia de possessione, die Möglichkeit, das zwischen zwei Parteien streitige, aber von keiner derselben thatsächlich gestörte Besitzverhältniß zur richterlichen Entscheidung zu bringen, kurz, eine Präjudicialklage über den Besitz. Man braucht die Fälle nicht erst mühsam zusammenzusuchen, wo das Bedürfniß dieser Klage unabweisbar ist, sie bieten sich in Menge dar [97]), und wenn auch bei einigen derselben sich zur Noth der Gesichtspunkt einer thatsächlichen Vorenthaltung des Besitzes hineintragen ließe, so spotten doch andere aller solcher Künsteleien.

---

96) S. vor Allen von Vangerow, Pandekten §. 336 Anm. 1 und Herm. Witte, Das Interd. uti poss. S. 28 fl.

97) Auch in den Quellen, man sehe z. B. die Zusammenstellung der Stellen bei Wiederhold, Das interd. uti poss. S. 18, die sich noch durch manche vermehren ließen, z. B. l. 33, 34 pr. de poss. (41. 2), l. 2 Cod. ibid. (7. 32) verb. si sciente l. 21 de usuc. (41. 3). Ein Beispiel aus der neueren Praxis s. bei Seuffert, Archiv XVII Nr. 45, wo mehrere Gemeindemitglieder gegen einen von der Curatelbehörde der Gemeinde gefaßten Beschluß mit Erfolg possessorischen Schutz nachsuchten (O.-A.-Gericht in München). Ein ähnliches Beispiel VIII, 221, wo jedoch der possessorische Schutz, meines Erachtens mit Unrecht, versagt ward (Obertribunal in Stuttgart).

Man nehme z. B. den Fall der l. 38 § 1 de poss. (41. 2). Der Besitz ist unter einer Bedingung tradirt, der Tradent behauptet, die Bedingung sei nicht, der Empfänger, sie sei in Erfüllung gegangen, letzterer will, um zu wissen, woran er ist, das interd. uti possidetis anstellen. Ich möchte wissen, wie man es ihm nach Maßgabe unserer Quellen absprechen könnte; die Voraussetzung der l. 1 § 3 uti poss. (43. 17): si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere affirmat liegt unzweifelhaft vor. Wo ist hier die Gewalt oder die thatsächliche Störung von der anderen Seite? Oder zwei Personen streiten sich über den Besitz einer in der Detention eines Dritten befindlichen Sache. Letzterer (nehmen wir z. B. den Erben des ursprünglichen Detentors, der nur so viel weiß, daß sein Erblasser für einen von beiden den Besitz ausübte, aber nicht für wen) ist bereit, sie dem, der sich als Besitzer legitimirt, herauszugeben. Ihm kann man nicht zumuthen, auf die Gefahr hin, dem einen gegenüber zu unterliegen und die Proceßkosten zu zahlen, mit beiden zu processiren. Was bleibt also übrig, als die beiden Theile den Streit unter sich ausmachen zu lassen, und welche andere Form dafür giebt es als das uti possidetis oder utrubi? Wo ist hier die thatsächliche Störung des Besitzes, wenn keiner den Detentor beunruhigt? Oder liegt dieselbe etwa in der bloßen Erhebung des Besitzanspruchs, welche den Gegner in der Realisirung des seinigen behindert? Wenn das der Fall sein soll, so reducirt sich das Erforderniß der Störung schließlich auf etwas sehr Harmloses: auf bloße Worte! Dann möge man aber einfach der Wahrheit die Ehre geben und sich so ausdrücken: Voraussetzung der interd. ret. poss. ist nicht die Störung oder Verletzung des Besitzes, sondern die Prätension desselben von der andern Seite, die auch durch Worte documentirt werden kann. Vor der Zulassung der Worte bebt

man zwar regelmäßig zurück, fast überall findet man auch in der vorsavigny'schen Literatur, welche doch durch den Delictsgesichtspunkt noch nicht beeinflußt wird, das Erforderniß der „Turbation" aufgestellt, sogar von solchen Schriftstellern, welche im Uebrigen die Präjudicialfunction dieser Interdicte, wie ich sie der Kürze wegen nennen will, anerkannten [98]). Nur einige wenige hatten den Muth, offen für die Worte Partei zu nehmen [99]). Unsere heutige Praxis dürfte, wo der Fall darnach geeignet ist, schwerlich Anstand nehmen, sich in demselben Sinne zu entscheiden [100]).

Die Möglichkeit dieser reinen Präjudicialfunction der genannten Interdicte bildet den unerläßlichen Abschluß der im bisherigen entwickelten Gedanken.

Bezweckt der Besitzesschutz in Wahrheit die Erleichterung, Ergänzung, Vervollständigung des Eigenthumsschutzes, so erfordert die Consequenz, ihn nicht bloß da zuzulassen, wo der Besitz verletzt, sondern auch da, wo er zwischen Parteien streitig ist, ganz so wie dies nach älterm römischen Recht, so lange noch die reivindicatio ein judicium duplex war, rücksichtlich des Eigenthums der Fall war. Zur Erhebung der reiv. bedurfte es damals nicht der Behauptung des Klägers:

---

98) z. B. bei den von Wiederhold a. a. O. S. 28 citirten Voet und Westphal.

99) So Lauterbach, Coll. theor. pract. 43, 17 § 8 und die von ihm Citirten: Putant quidem nonnulli, quod necessario ad turbationem facta requirantur; verum quod etiam verba sufficiant, probat l. 3 §. 2 uti poss. (?) quod fit diffamando jus in alterius re sibi asserendo.

100) Das O.-A.-G. zu Oldenburg hat es gethan, s. Seuffert's Archiv VII. Nr. 41. Ebenso das O.-A.-G. zu München, daselbst XVII. 45.

sein Eigenthum werde durch den Beklagten mittelst Vorenthaltung der Sache verletzt, sondern lediglich: sie Beide seien uneins über das Eigenthum und bäten den Richter, zu entscheiden. Für die reivind. ist dies im neuern Recht, seitdem sie ein judicium simplex geworden und auf die Voraussetzung des Besitzes in der Person des Beklagten gestellt worden ist, hinweggefallen, für das interd. uti possidetis und utrubi, welche ihren Charakter als judicia duplicia unverändert beibehalten haben, ist damit auch diese Möglichkeit geblieben. Unser heutiger Richter kann einen darauf gerichteten Antrag ebensowenig zurückweisen, wie seiner Zeit der Prätor den entsprechenden Antrag rücksichtlich der Eigenthumsfrage. In diesem Antrage erscheint die Besitzfrage rein und unverfälscht, ohne alle Beimischung des Moments der Gewalt, der Besitz als das, wofür ich ihn ausgebe, als eine Position von vermögensrechtlichem Interesse, die es nicht bloß gilt zu vertheidigen, wenn sie verletzt, sondern auch sich zu sichern, wenn sie bestritten ist, kurz, als sachenrechtliches Verhältniß. Wie sehr diese Auffassung dadurch unterstützt und bestätigt wird, daß die römischen Juristen den Besitz als mögliches Object der Condictionen und der restitutio in integrum anerkennen, wird kaum nöthig sein, näher auszuführen [101]).

---

101) l. 2 de cond. trit. (13. 3). Sed et ei qui vi aliquem de fundo dejecit, posse fundum condici.. Sed ita si dominus sit qui dejectus condicat; ceterum si non sit, possessionem condicere Celsus ait. l. 25 §. 1 de furt. (47. 2). l. 15 §. 1 de cond. ind. (12. 6).. quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicujus rei tradidissem, condicerem. l. 9 §. 2. l. 21 § 2 quod met. (4. 2) qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus, sed quanti possessio est, ejus quadruplum... consequetur. Deutlicher als in der letzten Stelle kann der selbstständige vermögensrechtliche Werth des Besitzes nicht ausgedrückt werden, ich meinerseits würde freilich nicht wünschen, die dort von Juristen verlangte Schätzung

2. Die interdicta recuperandae possessionis.

Im Bisherigen war fast ausschließlich von dem interd. retinendae possessionis die Rede, und wenn ich nunmehr auch die interd. recuperandae poss., beziehungsweise die int. retin. poss. in ihrer erst neuerdings ermittelten recuperatorischen Function in den Kreis meiner Betrachtung ziehe, so geschieht es nicht sowohl, um sie für meine Ansicht, als um letztere für sie zu verwerthen.

Das interd. de precario, über welches das für unsern Zweck Bemerkenswerthe bereits oben S. 68 mitgetheilt ist, hat hier kein weiteres Interesse für uns; es stützt sich nicht sowohl auf Verletzung, als auf Verleihung des Besitzes (S. 16). So bleiben nur das int. unde vi und die int. retin. poss., soweit sie auf Rückgabe eines vi oder clam verloren gegangenen Besitzes gerichtet werden können, übrig; der Kürze wegen werde ich beide im Folgenden als recuperatorische Interdicte bezeichnen.

Der Gesichtspunkt, unter dem ich dieselben betrachte, ist ein anderer, als unter dem die herrschende Lehre es thut. Denn während letztere sich bei der Thatsache, daß dieselben sich lediglich auf die zwei Fälle des vi und clam beschränken, als etwas nicht weiter in Frage zu Stellendem beruhigt, richtet mein Interesse sich vorzugsweise auf die Frage: woher diese Beschränkung, läßt sie sich rechtfertigen, entspricht sie dem Bedürfniß des Lebens? Es ist allerdings sehr bequem, sich darüber keine Scrupel zu machen, aber es ist dies in meinen Augen nur eine Folge der in Bezug auf den Sinn und die

---

des Werths der possessio vornehmen zu müssen. Ueber die restitutio in integrum s. l. 23 §. 2 ex quib. c. maj. (4. 6). — Es ist das Verdienst von Bruns a. a. O. S. 27 fl., die Aufmerksamkeit auf diesen lange Zeit außer Acht gelassenen Punkt zurückgelenkt zu haben.

Bedeutung des Besitzesschutzes herrschenden irrigen Auffassungsweise. Ich will mich genauer erklären.

Entnimmt der Besitzesschutz, wie ich im Bisherigen zur Genüge glaube nachgewiesen zu haben, sein legislatives Motiv nicht dem Delict des Dejicienten, sondern dem Interesse des Besitzers, so sollte man sagen, müßte er eben so weit reichen, wie letzteres. Nun beschränkt aber letzteres sich keineswegs auf das Bedürfniß der Sicherstellung gegen heimliche oder gewaltsame Besitzentziehung, sondern gegen Besitzentziehung jedweder Art, ohne Unterschied, ob sie sich unter den Gesichtspunkt eines vom Gegner begangenen Delicts bringen lassen oder nicht. Von einem Delict kann keine Rede sein, wenn Jemand **bona fide** die unter seine Sachen gerathene Sache eines Andern fortan als die seinige besitzt, wenn der Käufer eines Landguts irrigerweise eine zu den Besitzungen seines Nachbarn gehörige Parcelle als ihm gehörig in Cultur nimmt oder von dem vermeintlichen Eigenthümer, der aber in Wirklichkeit nur der Pächter eines Andern war, ein Stück Land kauft. In allen diesen Fällen muß mithin der bisherige Besitzer, wenn der recuperatorische Besitzesschutz an die Voraussetzung des **vi aut clam** geknüpft ist, petitorisch klagen, was in manchen Fällen wegen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises mit dem Verlust der Sache gleichbedeutend ist. Ich meinerseits vermag darin nur eine durch nichts zu rechtfertigende Härte zu erblicken und ich kann davon nur den Anlaß zu der Frage hernehmen: hat denn das römische Recht diese Härte nicht gefühlt und, wenn nicht, worin kann der Grund zu finden sein? In Bezug auf den ersten Theil der Frage verdient nun nicht außer Acht gelassen zu werden, daß diese Lücke bis auf Justinian für bewegliche Sachen nicht existirte. Das **interd. utrubi**, mittelst dessen dieselben selbst aus dritter Hand zurückgefordert werden konnten, war an die Voraussetzung einer delictsartigen

Aneignung des Besitzes nicht gebunden und es ist in meinen Augen eine wesentliche Verschlechterung des älteren Rechts, daß Justinian dies Interdict schlechthin aufgehoben hat; er hätte es höchstens gegen den dritten Besitzer versagen, aber gegen denjenigen, an den man unmittelbar den Besitz verloren hat, beibehalten sollen. Bei unbeweglichen Sachen dagegen war die Beschränkung der recuperatorischen Interdicte auf das vi aut clam unzweifelhaft. Ich vermag dies zu erklären, aber nicht zu rechtfertigen. Es ist bekannt, daß die Rechtsbegriffe bei ihrem ersten historischen Auftreten häufig eine beschränkte Gestalt an sich tragen, die hinter ihrer eigentlichen Bestimmung und Aufgabe zurückbleibt und von der sie sich erst im Laufe einer längeren Entwicklung frei machen [102]). Produkte des Bedürfnisses und der Erfahrung, nicht des abstracten juristischen Denkens, reichen sie über jene Impulse nicht hinaus und begnügen sich mit einem Thatbestand, der in faßbarer, handfester, aber andererseits nicht selten zu enger Form das Wesentliche des Verhältnisses wiedergiebt. Statt vieler andern Beispiele nenne ich den Begriff des damnum injuria datum. Der lex Aquilia war die weite Fassung desselben, zu der sich die spätere Jurisprudenz erhob, viel zu abstract; sie formulirte ihn ganz concret: quod usserit, fregerit, ruperit. In derselben Weise nun verfuhr der Prätor bei den possessorischen Interdicten, indem er den Begriff der unrechtmäßigen Besitzentziehung auf die beiden Hauptfälle vi und clam stellte. Diese Formulirung reichte für die meisten Fälle aus, im übrigen sorgten die Juristen durch verständige Interpretation dafür, daß sie die nöthige Weite erhielt [103]).

---

102) S. meinen Geist des R. R. II S. 366, 368, 450.

103) Insbesondere durch Interpretation des Begriffs der vis, den sie keineswegs mit Savigny (S. 429) auf die „unmittelbar ver-

Nur war freilich der Interpretation eine gewisse Grenze gesetzt, man konnte z. B., ohne den Begriff der vis bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen, die oben angeführten drei Fälle nicht unter den Begriff der vis bringen.

Aber was die Juristen nicht vermochten, vermochte die Gesetzgebung, und es ist meine feste Ueberzeugung, daß die spätere kaiserliche Legislation in der That diese Lücke ausgefüllt hat. Dies war auch in früherer Zeit eine viel verbreitete, nur vereinzelt widersprochene Ansicht, welche selbst die Autorität eines Cujacius [104]) für sich aufzuweisen vermochte, sie ist aber in unserm Jahrhundert dem Widerspruch, den Savigny ihr entgegengesetzt hat, mehr und mehr erlegen. Mich hat freilich dieser Widerspruch in keiner Weise zu überzeugen vermocht, im Gegentheil, es ist mir kaum begreiflich, wie man bei unbefangener Durchsicht der betreffenden Stellen des **Codex Theodosianus** und **Justinianeus** sich jener Ansicht zu entziehen vermag. Aber freilich, wenn man, wie Savigny, die vorgefaßte Meinung mitbringt: die possessorischen Interdicte müssen Delictsklagen sein, das gesammte juristische Interesse des Besitzes erschöpft sich daran, daß derselbe Gegenstand eines Delicts sein kann — dann allerdings wird es erklärlich, daß man, um diese irrige Grundlage der ganzen Besitztheorie zu retten, das Mögliche und Unmögliche aufbietet, um jene unbequeme Thatsache aus dem Wege zu räumen.

Cujacius, den Savigny selbst als den Hauptvertreter jener Ansicht nennt, hat die Gründe, welche sich den Quellen entnehmen lassen, bis auf eine oder zwei nicht benutzte Belegstellen kurz und bündig zusammengestellt [105]), und

---

sönliche Gewaltthätigkeit" beschränkten, s. dagegen z. B. l. 1 §. 24, 29, l. 3 §. 7, 8, l. 12. 18 de vi (43. 16) u. a.

104) S. bei Savigny S. 466.

105) Vor Allem in seinen Observationen I. 20, XIX. 16.

ich habe weniger nöthig, dieselben zu vermehren, als sie gegen die Einwendungen Savigny's in Schutz zu nehmen.

Savigny legt ein großes Gewicht darauf, daß Justinian weder in den Institutionen, wo dem int. unde vi etwa 6 Zeilen gewidmet sind (§. 6 J. de int. 4. 15), noch in den Pandekten auf die angebliche Ausdehnung des Besitzesschutzes im neuern Recht Rücksicht nehme. Aber wie vieles ist im Coder neu hinzugekommen, von dem in jenen Sammlungen keine Rede ist. Und sodann handelt es sich bei der fraglichen Neuerung nicht um eine Aufhebung des interd. unde vi, wie man nach Savigny glauben sollte, sondern um eine analoge Ausdehnung desselben auf einzelne ganz bestimmte Fälle. Hat doch Justinian die Neuerung, die er nach Savigny's eignem Zugeständniß (s. u.) in der l. 11 Cod. unde vi (8. 4) gemacht, und in der er angeblich einen Fundamentalgruudsatz der frühern Besitztheorie: das Requisit des bestehenden Besitzes für das interd. unde vi aufgehoben haben soll, weder in den Institutionen erwähnt, noch die Aeußerungen der Pandektenjuristen mit ihr in Einklang gebracht!

Die Stellen, welche die hier in Rede stehende Veränderung berühren, gehören mit Ausnahme einer einzigen aus dem Codertitel de acquirenda vel amittenda possessione, sämmtlich dem Titel unde vi des Codex Theodosianus (IV, 22) und Justinianeus (VIII, 4) an. Wenn sie nun für gewisse Fälle eines nicht gewaltsamen Besitzverlustes die Rückgabe des Besitzes anordnen, so kann als das betreffende Rechtsmittel im Sinn der Redactoren dieser Sammelwerke unmöglich die reivindicatio gemeint sein, wie uns Savigny (s. u.) für die ihm vorzugsweise unbequeme l. 4 Cod. h. t. glauben machen will, sondern nur ein Besitzrechtsmittel, d. h. ein solches, welches nichts als den Beweis des Besitzes und

der behaupteten Entziehung voraussetzt, sei es das int. unde vi selber, oder ein sich ihm anschließendes. Diese letztere formelle Frage ist in meinen Augen von wenig Belang. Bekannt ist der Einfluß, den der Untergang des ordo judiciorum privatorum auf den formellen Begriff der Interdicte ausgeübt hat [106]). Die formelle Abschwächung und Verwischung des alten Interdictenbegriffs, die man schon in den Redewendungen der Constitutionen am Ende des dritten Jahrhunderts und am Anfang des vierten wahrnehmen kann [107]), erleichterte die Ausdehnung der Anwendungssphäre des interd. unde vi in derselben Weise, wie das Aufkommen der actiones in factum die der actio legis Aquiliae. Auch ein neuer Name kommt auf, der des interdictum momentariae possessionis (l. 8 Cod. unde vi), der actio momenti (l. 6 Cod. Theod. ibid.) oder momentaneae possessionis actio (l. 3 Cod. Qui legit pers. 3. 6), der Entsetzte soll haben die facultas ad repetendum momentum (l. 4 Cod. Theod.), der Richter soll ihn der momentariae possessioni restituere (l. 1 Cod. Theod.) [108]). Nun ist zwar in einer Zeit der Sprachverwilderung, wie es die spätere Kaiserzeit war, dies Aufkommen neuer Ausdrücke nichts weniger als ein sicheres Zeichen der Bildung neuer damit verbundener Begriffe, allein im

---

106) §. ult. J. de interd. (4. 15).

107) S. z. B. die l. 3 Cod. de interd. (8. 1): Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. l. 2 Cod. unde vi (8. 4) restituendos esse interdicti exemplo. l. 4 ibid. ad instar interdicti unde vi convenire potes. l. 1 Cod. si per vim (8. 5) actionem recuperandae possessionis.

108) Eine Menge anderer Stellen mit ähnlichen Wendungen s. bei Jac. Gothofr. in seinem Commentar zu dem obigen Titel des Cod. Theod. tom. I p. 449 (ed. Ritter).

vorliegenden Falle verhält es sich damit denn doch anders. Daß unter dieser act. momentariae possessionis nicht das interd. unde vi im Sinn der römischen Juristen zu verstehen ist, läßt sich meiner Ansicht nach zur Evidenz nachweisen. Zwei wesentliche Eigenthümlichkeiten sind es, welche diese Klage im Gegensatz zum interd. unde vi des alten Rechts charakterisiren [109]), die erste, von Savigny an keiner Stelle seines Buchs erwähnt, eingeführt durch das Edict von Constantin in l. 1 Cod. Theod. h. t. (l. 1 Cod. Inst. si per vim 8. 5), kurz zusammengefaßt in dem Edict von Theodosius und Honorius in l. 3 Cod. Qui legit. (3. 6): Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam. Die zweite die hier in Frage stehende, welche durch vielfache Zeugnisse bewiesen wird: Nicht bloß nämlich, daß neben der „vis" noch die Möglichkeit einer anderweiten Störung des Besitzes anerkannt wird,

> Titelüberschrift zu lib. VIII, 5 Cod.: si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio; l. un. Cod. ubi de poss. (3. 6): ubi vis facta dicitur aut momentaria possessio postulanda est;

daß ferner die Relevanz dieses Unterschiedes in krimineller Beziehung ausdrücklich hervorgehoben wird,

> l. 5 Cod. h. t. Invasor locorum poena teneatur legitima, si tamen vi loca eadem invasisse constiterit. Nam si per errorem aut incuriam domini loca ab aliis possessa sunt, sine poena possessio restitui debet [110]).

---

109) Jac. Gothofr. a. a. O. führt nicht weniger als 12 auf.

110) Die Stelle bildet den Schlußsatz der l. 1 Cod. Theod. fin. reg. (2. 26).

l. 8 ibid. Momentariae possessionis interdictum quod non semper ad vim publicam pertinet vel privatam, mox audiri, interdum etiam sine inscriptione meretur [111]).

sondern es wird auch in den betreffenden Titeln in einer Reihe von Fällen die Verpflichtung zur Restitution eines unrechtmäßiger Weise ergriffenen Besitzes anerkannt, die sich durchaus nicht unter den Gesichtspunkt der vis bringen lassen.

Bevor ich diese Fälle mittheile, möge der Einwendungen gedacht werden, welche Savigny gegen die Beweiskraft der obigen vier Zeugnisse erhoben hat. Die citirte Titelüberschrift glaubt er in folgender Weise beseitigen zu können. Die l. 2 des Titels, auf welche allein das „vel alio modo" bezogen werden könne, bestimme, daß bei einem Rechtsstreit der Besitzstand weder durch ein Rescript des Kaisers, noch durch ein Decret des Richters geändert werden solle, wenn eine Parthei abwesend sei. Offenbar betreffe sie bloß den Proceß und sei von den Compilatoren nur an einer unschicklichen Stelle eingeschaltet worden. Letzteres muß ich entschieden bestreiten. Eine Verfügung, welche ebensowohl in den Proceß, als in den Besitz einschlägt, läßt sich bei beiden Materien unterbringen, wie dies in der That rücksichtlich der oben erwähnten ersten Eigenthümlichkeit der act. momentaneae poss. von den Compilatoren Justinian's geschehen ist. Die citirte Stelle ist entnommen der l. 5 Cod. Theod. unde vi (4. 22), schon die Compilatoren des Cod. Theod. also hielten die Beziehung dieser Verfügung zum Besitz für die bedeutungsvollere, was sich aus unserer gegenwärtigen Darstellung

111) Aus dem non semper dieser letzteren Stelle ergibt sich, daß das interd. oder die act. momentariae possess. auch die Fälle des interd. unde vi mit umfaßt.

auch unschwer begreift, und daß die Redactoren des Cod. Iust. nicht gedankenlos diesem Vorgange folgten, daß vielmehr die systematische Stellung dieser Stelle für sie einen Gegenstand der Erwägung bildete, geht schlagend daraus hervor, daß sie dieselbe nicht unter dem Titel unde vi (VIII. 4) beließen, sondern sie unter den obigen neu von ihnen gebildeten Titel brachten [112]. Im Sinn der Verfasser des Cod. Theod. gehört der Fall, den jene Stelle betrifft, unzweifelhaft der erweiterten Anwendungssphäre des interd. unde vi an. Konnten die Compilatoren Justinian's, die diese Thatsache vor Augen hatten, die Erweiterung der Anwendungssphäre dieses Interdicts deutlicher signalisiren, als indem sie den betreffenden Titel, in dem sie zwei principielle Aenderungen des ältern Rechts mittheilten, zwischen die Titel: unde vi (VIII. 4) und uti poss. (VIII. 6) einschalteten?

Die zweite der oben citirten Stellen hat Savigny nicht berücksichtigt, sowie sie denn bisher überhaupt noch nicht benutzt ist. Bei der dritten erhebt er abermals den Vorwurf der ungeschickten systematischen Stellung — beiläufig gesagt gerade im Munde Savigny's ein etwas zweischneidiger Vorwurf, denn das einzige Argument, auf das er seine bekannte Ansicht, der zufolge das interd. unde vi im neuern Recht auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sein soll, stützt, ist — — die Aufnahme der l. 7 Cod. h. t. (über die Strafen der Selbsthülfe bei der Besitzentziehung) in den Titel: unde vi. Es ist ein seltsamer Widerspruch, in dem einen Fall die Einfügung einer Stelle unter einen bestimmten Titel für etwas völlig Bedeutungsloses zu erklären, in dem andern ihr eine höchst folgenreiche Bedeutung zuzusprechen — in dem einen Fall die Compilatoren

112) Auch die Verfasser der Basiliken stellen sie zum Besitz, lib. 50 tit. 3 l. 52.

völliger Gedankenlosigkeit in Bezug auf diesen Punkt zu zeihen, in dem andern ihnen die genaueste Erwägung desselben und eine Breviloquenz zuzumuthen, die eher Tadel als Lob verdienen würde. Einen Anhaltspunkt für seinen in Bezug auf die obige Stelle gegen sie erhobenen Vorwurf erblickt er darin, daß es dort heiße: per errorem vel incuriam domini statt possessoris, womit „deutlich genug" auf die reivind. hingewiesen sei. Es ist schwer zu begreifen, wie ein Savigny sich eines so völlig leeren Einwandes hat bedienen mögen [113]), und selbst in seinem Munde verdient derselbe keine weitere Widerlegung als die einfache Verweisung auf die vielen Stellen, in denen der „dominus" die possessorischen Interdicte anstellt (S. 78—80).

Die vierte Stelle endlich soll sagen, daß es Fälle gebe, wo zwar das alte int. unde vi, aber keine accusatio ex lege Julia möglich sei. Den Beweis ist Savigny schuldig geblieben, denn daß in dem Fall, den er dafür benutzen zu können glaubt: wenn nämlich Jemand in Abwesenheit des Besitzers dessen Grundstück ohne besondere Gewaltthätigkeit occupire, und letzterer nicht zurückzukehren wage, kein crimen vis begangen sei, ist eine mit Nichts gerechtfertigte Behauptung, die nicht bloß in der Theorie der Pandektenjuristen keine Unterstützung findet [114]), sondern Justinian innerhalb desselben

113) Mit demselben Recht könnte man in l. 12 Cod. de poss. (7. 32) die Worte: nihil penitus domino praejudicii generetur auf die reivind. beziehen, während doch Savigny selber (S. 372) keinen Anstand nimmt, sie von der Fortdauer des Besitzes zu verstehen.

114) Man vergleiche z. B. folgende Stellen aus dem Titel ad leg. Jul. de vi privata (48. 7), welche lediglich das sachliche Moment der Aneignung fremder Sachen betonen, ohne der Gewalt gegen den Besitzer Erwähnung zu thun: l. 3 § 2 per injuriam ex bonis ablatum quid. l. 7 si in rem debitoris intraverint nullo id concedente. l. 8. sine autoritate judicis res debitoris occupet.

Titels mit sich selber in Widerspruch bringt, denn in der l. 11 ibid. verfügt er, daß auch ein solcher Occupant als „praedo“ behandelt werden solle.

Wenden wir uns nunmehr den einzelnen Fällen zu, in denen das neuere Recht das interd. oder die act. momentariae possessionis zugelassen hat. Es sind folgende.

1. Der Fall des Irrthums. Nach der oben mitgetheilten l. 5 Cod. h. t. könnte man darüber streiten, ob unter dem „per errorem“ bloß der Irrthum des bisherigen Besitzers oder auch der des Occupanten gemeint sei; es hängt davon ab, ob man den Zusatz „domini“ auch auf per errorem oder bloß auf incuriam bezieht. Nach der l. 11 ibid. kann nicht zweifelhaft sein, daß die Verpflichtung zur Zurückgabe auch beim Irrthum des Occupanten Platz greift, denn Justinian verwirft hier ausdrücklich die, wie es scheint, bei Occupation der Grundstücke Abwesender gern benutzte Ausflucht: man habe das Grundstück des Gegners fälschlich für das seinige gehalten (ridiculum etenim est dicere vel audire, quod per ignorantiam alienam rem quasi propriam occupaverit, omnes autem scire debent, quod suum non est, hoc ad alios modis omnibus pertinere). Das praktische Interesse dieses Falles liegt auf der Hand. Beim Wechsel des Eigenthums von Ländereien durch Erbgang oder Verkauf kann es vorkommen, daß der neue Eigenthümer über den Umfang seiner Besitzung im Unklaren ist und aus Versehen zu wenig oder zu viel in Besitz nimmt. Wird sein Irrthum im ersten Fall von seinem Nachbarn benutzt, um sich das Stück anzueignen, wird derselbe umgekehrt im zweiten Fall von diesem nicht bemerkt, so liegt eine durch Irrthum veranlaßte Veränderung des Besitzverhältnisses vor, die nach dem frühern römischen Recht nur mittelst der reivind., nicht mittelst eines Besitzrechtsmittels rück-

gängig gemacht werden konnte[115]). Das Bedürfniß einer Hülfe war hier unbestreitbar, denn es ist eine in meinen Augen durch Nichts zu rechtfertigende Härte, daß der Eigenthümer einem Gegner, von dem er nachweisen kann, daß er sich von ihm ohne jeden Rechtsgrund den Besitz angeeignet hat, den Beweis seines Eigenthums erbringen soll. Wenn das spätere Recht den Begriff der injusta possessio auf diesen Fall ausdehnte, so kann das nur bei Denjenigen Tadel finden, welche in Verkennung des wahren Zwecks des Besitzesschutzes den selbstfabricirten, engzugeschnittenen Schulbegriff über die Interessen des Lebens setzen. Was relevirt es für das Interesse des Besitzers — und das, sollte ich sagen, wäre doch beim ganzen Besitz der allein entscheidende Gesichtspunkt! — ob ihm sein Gegner mit Gewalt oder in anderer Weise den Besitz entzogen hat? Genug, daß es injuste, wider seinen Willen geschehen ist, und daß der Besitz im Prinzip als schutzwürdiges und schutzbedürftiges Verhältniß anerkannt ist. Und sodann: wie zweifelhaft kann es nicht selten sein, ob ein bloßer Versuch der Besitzaneignung oder letztere selber vorliegt. Angenommen, in dem obigen Fall erfährt der auf seiner Besitzung anwesende Eigenthümer (auf den also die Grundsätze über den Besitzverlust an Grundstücken Abwesender keine Anwendung finden) erst im Frühjahr, daß sein Nachbar eine entlegene Parcelle seines Grundstücks im Herbste bestellt oder eingefriedigt hat: ist hier sein Besitz bloß gestört oder entzogen? Entscheidet sich der Richter für Ersteres, so reicht für den Kläger der Beweis seines Besitzes aus; entscheidet der Richter

115) l. 37 § 1 de usurp. (41. 3). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit. Der „negligentia domini" entspricht in unserer Stelle die „incuria domini".

sich für Letzteres, so soll er den Beweis seines Eigenthums erbringen! Was würde die Folge eines solchen Rechtssatzes sein? Daß Richter von einigem praktischen Takt sich um jeden Preis für das Fortbestehen des Besitzes erklären würden.

2) Untreue des Stellvertreters. Ueberließ der detentor alieno nomine den Besitz des Grundstücks einem Dritten, so gab es nach älterm Recht für den Eigenthümer gegen letzteren keinen possessorischen Schutz; er war ausschließlich auf die petitorischen Rechtsmittel angewiesen. Offenbar eine höchst bedenkliche Lage, eine große Gefahr für den Eigenthümer. Der Pächter hatte es dadurch in seiner Hand, ihn in manchen Fällen um das Seinige zu bringen, denn bekanntlich ist der Eigenthumsbeweis, der dem Theoretiker so leicht aus der Feder kommt, in der Wirklichkeit etwas schwieriger, als auf dem Papier. Verdient das neuere Recht einen Vorwurf, daß es diese unzweifelhafte Lücke ausgefüllt hat? In einem besondern Falle hatte dies bereits die bisher für unsere Frage nicht benutzte l. 6 § 1 Cod. h. t. (l. 2 Cod. Theod. h. t.) von Gratian und Valentinian (382) gethan, nämlich für den Fall, daß colludirende Vormünder den Besitz ihrer Mündel dem Gegner abgetreten hatten. Die Mündel sollten unter dieser „culpa temeritatis alienae“ nicht leiden, „sed illico quidem possessio ei, a quo ablata est, reddatur.“ Daß hier an ein Besitzrechtsmittel gedacht ist, zeigt die Stellung der Stelle unter den Titel: unde vi und die Betonung der Schnelligkeit des Verfahrens („illico reddatur“), die nach späterm Sprachgebrauch das sichere Kennzeichen der act. mom. poss. ist[116]). Ganz dasselbe hatte schon Diocletian in der l. 5 Cod. de poss. (7. 32) für den Fall des Verkaufs von Seiten des Pächters gethan. Wenn er sich hierbei des Aus-

116) S. die von Jac. Gothofr. a. a. O. citirten Stellen.

drucks: **dominii tui jus non convelli** bedient, so **könnte** damit die reivind. gemeint sein. Daß sie es nicht ist, daß der Kaiser vielmehr den Besitzesschutz im Auge hat, geht nicht bloß aus der Titelüberschrift: de acquirenda et **retinenda possessione**, sondern aus dem im Anfang der Stelle in Bezug genommenen Satz: nemo causam **possessionis** sibi mutare potest hervor, ganz abgesehen von der Plattheit des im entgegengesetzten Fall dem Kaiser in den Mund zu legenden Satzes, daß der Pächter den Verpächter nicht um sein Eigenthum bringen könne. Justinian erweiterte in der l. 12 Cod. de poss. (7. 32) diese Bestimmung auf das Stellvertretungsverhältniß beim Besitz überhaupt:

> ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cujuscunque rei dereliquerit vel alii prodiderit desidia forte aut dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat.

Der Eigenthümer soll also darunter nicht leiden, d. h. die Sache soll ihm zurückgegeben werden, und zwar nicht auf Grund seines **Eigenthums**, das er mithin vorher zu erweisen hätte, was meines Wissens noch Niemand behauptet hat, obgleich **Savigny** es wegen des Wortes **domino** hier ebenso gut hätte vertheidigen können, wie bei l. 5 Cod. unde vi (S. 91); sondern auf Grund seines **Besitzes**. Ueber die Art aber, wie das Verhältniß juristisch zu denken ist, ob nämlich der Besitz als **fortdauernd**, oder als **aufgehoben** angesehen werden soll, gehen die Ansichten schon seit der Glossatorenzeit

aus einander[117]). Ich brauche kaum zu sagen, daß Savigny die erstere Ansicht vertheidigt, denn die zweite steht mit seiner Auffassung über die beschränkte Natur des recuperatorischen Besitzschutzes im offenen Widerspruch. Den einzigen Anhaltspunkt für seine Ansicht bildet die l. 3 §. 6—9 de poss. (41. 2) von Paulus, aus der er herauszulesen sucht, daß nach Ansicht dieses Juristen der Besitz nicht bloß in dem Fall fortdauere, den der Jurist ausdrücklich erwähnt, wenn nämlich der Stellvertreter sich einfach entfernt, sondern auch dann, wenn er ihn einem Andern übergeben hat. Rücksichtlich des letztern Falls tragen aber Afrikan und Papinian in l. 40 §. 1, l. 44 §. 2 ibid. das Gegentheil vor[118]), ohne auch nur die Möglichkeit einer entgegengesetzten Meinung offen zu lassen, sowie umgekehrt seinerseits Paulus, wenn er im Savigny'schen Sinn verstanden werden soll, seine angeblich entgegengesetzte Ansicht in einer Weise äußert, die sich mit einer so erheblichen Divergenz der Ansichten schwer vertrüge (§. 9 cit. nam constat nos possidere donec u. s. w.). Rudorff (in Savigny S. 686) fügt den obigen Zeugnissen noch die bekannte, von Gellius (XI. 18 §. 13) mitgetheilte und dem Werk des Sabinus de furtis entlehnte Notiz über die Verurtheilung des Pächters diebstahlshalber hinzu, welcher das Grundstück verkauft hatte und dadurch „possessione ejus dominum intervertisset", und ich meinerseits kann ein neues nachtragen, nämlich die oben benutzte l. 3 §. 1 Cod. unde vi, welche als Wirkung der dolosen Besitzübergabe von Seiten des Vormundes ebenfalls den Ver-

---

117) Savigny S. 374.

118) Die l. 33 § 4 de usurp. (41. 3) scheint bloß bewegliche Sachen im Auge zu haben, bei denen der Besitzverlust bekanntlich von vornherein anders regulirt war.

lust des Besitzes in der Person des Mündels ausspricht (possessio ei, a quo **ablata** est, reddatur).

Das praktische Interesse dieser Differenz ist auch für die Frage vom Besitzesschutz, von der Usucapion ganz abgesehen, kein unerhebliches. Nach beiden Ansichten ist zwar dafür gesorgt, daß der Besitzer den ihm thatsächlich entzogenen Besitz zurückerhält, aber während er nach der Savigny'schen sofort, wenn er das Sachverhältniß erfahren hat, gerichtlich oder außergerichtlich Anstalten machen muß, ihn als einen noch bestehenden zu behaupten, widrigenfalls er ihn verliert und folglich des recuperatorischen Rechtsmittels, da keine vis vorliegt, verlustig geht, hält die entgegengesetzte Ansicht ihm das int. unde vi für die ganze Verjährungszeit offen. Und sodann dauert letzteres auch im Fall der Veräußerung fort [119]), während das int. uti possidetis den gegenwärtigen Besitz in der Person des Beklagten voraussetzt.

3. Illegale obrigkeitliche Verfügung.

Der Grundsatz der Ungültigkeit einer mittelst illegaler obrigkeitlicher Verfügung bewirkten Besitzveränderung ist im justinianeischen Codex in **zwei** Stellen anerkannt, der l. 2 Cod. si per vim (8. 5) und der l. 3 Cod. qui legit. (3. 6). Zufolge der ersteren Stelle soll ein kaiserliches Rescript oder eine richterliche Verfügung, welche die Besitzübertragung ausspricht, nicht in Abwesenheit des bisherigen Besitzers vollzogen werden [120]). Die Uebertretung dieses Verbots fällt unter den in

119) Ja, es geht selbst gegen denjenigen, der den Besitzer bloß vertrieben hat, ohne sich selber den Besitz anzueignen. l. 4 §. 22 de usurp. (41. 3).

120) Wie nöthig es von Seiten der Legislation war, sich der Abwesenden gegen diese und ähnliche Maßregeln zur Erschleichung des Besitzes anzunehmen, darüber s. J. **Gothofredus** zu l. 1 Cod. Theod. unde vi (tom. I p. 452).

der Ueberschrift des Titels ausgesprochenen Gesichtspunkt: si (per vim) vel alio modo absentis perturbata sit possessio; die Folge: die Rückgabe der Sache, und zwar auf Grund des bloßen Besitzes, nicht des Eigenthums versteht sich nach Maßgabe der Stellung und Fassung des Titels von selbst [121]). Die zweite Stelle bestimmt: die Erschleichung einer richterlichen Einweisung in den Besitz (sub colore adipiscendae possessionis obreptitia petitio), insbesondere wenn der Gegner nicht gehört ist, soll letzterm nicht schaden, die etwaige Vollziehung des Einweisungsbefehls soll mittelst der „act. momentaneae possessionis“ rückgängig gemacht werden [122]). Der Zusammenhang der Stelle ist auf den ersten Blick nicht ganz klar, er läßt sich jedoch durch Bezugnahme auf die früher (S. 88) erwähnte Verordnung von Constantin in l. 1 Cod. Theod. h. t. außer Zweifel stellen. Constantin hatte hier bestimmt, daß, wenn der Besitz eines Abwesenden, den ein „propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat, quolibet pacto ablata sit“, diese Detentoren zur Anstellung der act. moment. poss. befugt sein sollten, und die l. 4 ibid. räumte diese Befugniß allen dem Abwesenden nahe stehenden Personen (servis, amicis, parentibus, proximis vel libertis) sogar unabhängig von der Voraussetzung der Detention ein. Indem nun die obige l. 3 diese Eigenschaft der Klage als Popularklage an die Spitze stellt (Momentaneae possessionis actio exerceri potest per quamcunque personam), macht sie die Anwendung davon auf den angegebe-

121) Im Cod. Theod. steht die Stelle als l. 5 im Titel unde vi; ebenso die gleich folgende als l. 6.

122) Ueber die früher viel behandelte Frage, ob das Int. unde vi auch gegen illegale Executionen der Obrigkeit statthaft sei, s. Bruns a. a. O. S. 72, 73, welcher sie nach Analogie der l. 3 §. 1 quod met. (4. 2) mit Recht bejaht.

nen Fall, den jene beiden Stellen nicht ausgeschlossen, aber freilich auch nicht ausdrücklich erwähnt hatten[123]), den der Erschleichung eines richterlichen Einweisungsbefehls. Die Klage, die während der Abwesenheit des Besitzers in seinem Interesse jedem Dritten gegeben wird, steht natürlich um so viel mehr ihm selber zu, einerlei ob er zur Zeit, als die Besitzaneignung des Gegners Statt fand, anwesend oder abwesend war. Der Beweis ist auf den Besitz und die Ungültigkeit des Einweisungsdecrets zu richten.

Die l. 2 Cod. Theod. unde vi (4. 22) enthält noch einen andern Fall einer derartigen Erschleichung des Besitzes in Formen des Rechts, nämlich mittelst ungehöriger Benutzung eines kaiserlichen Rescripts (neque vulgato rescripto neque adversario solenniter intimato) oder mittelst Vorspiegelung eines rechtskräftigen Urtheils zum Zweck der Einschüchterung des Besitzers[124]). Daß auch in diesem Falle eine possessorische Klage gegeben werden sollte, zeigt die Einfügung der Stelle unter den Titel unde vi. In der l. 6 pr. des entsprechenden Titels des justinianeischen Codex ist sie bis zur Unkenntlichkeit entstellt.

4. Aneignung des Besitzes Abwesender.

In der l. 11 Cod. unde vi (8. 4) bestimmt Justinian,

---

123) Denn wenn auch die l. 1 cit. den Ausdruck dejecti und violentia gebraucht, so lauten doch die übrigen Wendungen ganz allgemein: „cujuslibet rei possessione privati, quolibet pacto poss. ablata“ (so Hänel nach den besseren Handschriften, andere verbinden das quolibet pacto mit peregrinatur, wie es auch die l. 1 Cod. si per vim 8. 5 thut) „status, qui per injuriam sublatus est, ebenso die der l. 4: si perturbatus possessionis status sit vel direptum aliquid, quae probantur ablata.

124) Das Weitere bei Jac. Gothofredus zu dieser Stelle (p. 454).

daß Diejenigen, „qui vacuam possessionem absentium sine judiciali sententia detinuerunt“ als Räuber gelten, und daß rücksichtlich ihrer dasselbe Platz greifen solle, was das ältere Recht gegen letztere in Bezug auf Rückgabe des Besitzes angeordnet habe. Daß darunter das int. unde vi gemeint sei, wird nicht bestritten, auch von Savigny nicht. Streitig ist nur, was unter vacua possessio zu verstehen sei, ob, wie Savigny (S. 469) will [125]), ein wegen Abwesenheit des Besitzers verloren gegangener Besitz (die possessio der l. 37 §. 1 de usurp. 41. 3, quae ex negligentia domini vacat) oder ein zwar nicht durch den Besitzer selber oder durch Stellvertreter ausgeübter, aber zur Zeit noch fortdauernder Besitz, wobei man z. B. an den Fall denken mag, daß die Pächter oder Sklaven sich entfernt haben [126]). Ich halte die letztere Ansicht für die richtige. Der Ansicht von Savigny bürdet Justinian die Ungeheuerlichkeit auf, für einen nicht mehr bestehenden Besitz einen Besitzesschutz geschaffen zu haben und läßt sich mit der Art, wie derselbe sich über das bisherige Recht ausläßt, nicht vereinigen. Letzteres, sagt er, habe dem ehemaligen Besitzer keinen Besitzesschutz gewährt: „violentia in ablatam possessionem minime praecedente.“ Allein, welcher alte Jurist würde in einem Fall, wo der Besitz fehlte, es unterlassen haben, diesen so durchschlagenden Grund der Unmöglichkeit des Besitzesschutzes zu erwähnen? Wer das Hinderniß ausschließlich in der Unmöglichkeit der vis suchte, gestand damit implicite das Dasein des Besitzes zu. Und sodann legt Justinian den Occupanten

---

125) Nach Bruns im Jahrbuch von Bekker und Muther IV. S. 65 ist diese Ansicht „gegenwärtig wohl außer Zweifel“.

126) Hier dauerte der Besitz nach der Theorie der römischen Juristen vorläufig noch fort, s. unten XIV.

die Ausflucht in den Mund: quod per ignorantiam rem alienam quasi propriam occupaverint, während ihnen doch unter der Voraussetzung der Besitzlosigkeit der Sache die Berufung auf letztere Thatsache eine ganz andere, vollkommen legale Rechtfertigung gewährt hätte [127]). Beide Erwägungen nöthigen zu der Annahme, daß es sich bei der dem Kaiser zur Entscheidung vorgelegten Frage um ein bestehendes Besitzverhältniß handelte, und sein Bericht, daß das ältere Recht dem Besitzer gegen die Entziehung des Besitzes in diesem Fall keinen possessorischen Schutz ertheilt habe, weil der Begriff der vis auf Sachen keine Anwendung finde, verdient in meinen Augen so lange vollen Glauben, als für die entgegengesetzte Annahme irgend ein Zeugniß beigebracht wird. Ich kenne keins [128]). In keiner einzigen der Stellen, welche den Fall behandeln, ist dem entsetzten Besitzer, der sich nach erhaltener

127) l. 37 §. 1 de usurp. (41. 3). Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet etc. l. 4 §. 28 ibid. Item si occupaveris vacuam possessionem deinde venientem dominum probibueris, non videberis vi possedisse. Ja, die l. 8 Cod. de omni agr. des. (9. 58) ermächtigt sogar einen Jeden, der Lust hat, „agros domino cessante desertos", d. h. nicht in Cultur gehaltene und darum aus dem Besitz des Eigenthümers gekommene (s. unten Nr. XIV) Grundstücke in Cultur zu nehmen. Ohne sich selbst in gröblichster Weise zu widersprechen, konnte doch Justinian nicht an der einen Stelle zu etwas auffordern, worauf er an der andern schwere Strafen setzt. Ebenso wenig stimmt dazu die l. 4 Cod. de poss. (7. 32), welche ausdrücklich anerkennt, daß, von dem Fall der „metus necessitas" abgesehen, das längere Leerstehenlassen des Grundstückes dem Besitzer zum „praejudicium" gereiche, d. h. den Verlust des Besitzes zur Folge habe.

128) Auch Bruns a. a. O. S. 70, welcher der entgegengesetzten Ansicht ist, muß einräumen, daß die Stellen, welche man darauf beziehe, die l. 3 §. 8, l. 7, l. 25 §. 2 de poss. „eigentlich nur vom Besitzverluste, nicht von der Zuständigkeit des Interdicts" sprechen.

Kunde beruhigt, das interdictum unde vi zugesprochen, es wird vielmehr, damit letzteres begründet werde, stets vorausgesetzt, daß der Besitzer sich an Ort und Stelle verfüge und dadurch die Möglichkeit eines gegen ihn persönlich gerichteten Widerstandes herbeiführe, und es ist Savigny selber, welcher als Voraussetzung des Interdicts die „unmittelbar persönliche Gewaltthätigkeit" bezeichnet hat. Für Denjenigen, der diesen nicht immer ganz unbedenklichen und gefahrlosen Schritt scheute oder der durch Abwesenheit daran gehindert war, gab es im ältern Recht keine possessorische Hülfe, dasselbe ließ ihm nur noch die reivind. offen.

Es ist aber nicht bloß Justinian's Zeugniß allein, auf welches ich diese Ansicht stütze, ich finde sie schon in den Ausdrücken, deren sich die römischen Juristen über die beiden Fälle des Besitzverlustes in den in der Note 128 citirten Stellen bedienen, deutlich ausgeprägt. In der l. 3 §. 8 cit. sagt der Jurist von dem Fall, wenn der Besitzer aus Furcht nicht herangehen wagt: amisisse eum possessionem, während er doch mit zwei Buchstaben das vi hinzufügen konnte. In der l. 7 ibid. kehrt derselbe Ausdruck wieder, und gerade in ihr ist die Weglassung des Zusatzes vi höchst bezeichnend, denn die mit ihr in engster Verbindung stehende l. 6 §. 1 fügt für den Fall: si revertentem dominum non admiserit," das vi ausdrücklich hinzu (vi magis intelligi possidere, nòn clam) und die l. 25 §. 2 ibid. endlich bezeichnet die Art des Besitzverlustes im obigen Fall geradezu als: animo desinamus possidere. Wie stimmt das zu der Annahme einer Dejection, bei der doch bekanntlich der Besitz nicht animo, sondern corpore verloren geht?

Aber — möchte ich noch ferner fragen — wie stimmt jene Annahme zu Savigny's eigner Theorie? Es ist eine sehr abschüssige Bahn, in die er hier durch die Verkennung des obi-

gen Verhältnisses hineingerathen ist. Denn zuerst wird (S. 429) er dadurch gezwungen, seiner eignen Definition der beim interd. unde vi vorausgesetzten vis als der „unmittelbar persönlichen Gewaltthätigkeit" in einer Weise Hohn zu sprechen, daß dieser Begriff in eine Carricatur oder Negation seiner selbst ausartet. Wenn die eigenmächtige Occupation des Grundstücks schlechthin, der Besitzer mag sich stellen oder nicht, eine unmittelbar persönliche Gewaltthätigkeit enthält, was bleibt dann noch für eine Gewalt übrig, welche dieses Prädicat nicht verdient? Wozu denn die durch den Zusatz „unmittelbar" noch verstärkte Betonung der persönlichen Richtung dieser Gewalt? Dann kann man auch den Diebstahl als Raub bezeichnen! Aber, sagt Savigny (S. 431), „es ist ganz gleichgültig, ob die Gewalt wirklich ausgeübt oder aus einer gegründeten Furcht vermieden wird, vorausgesetzt, daß die Gefahr keine zukünftige, sondern eine unmittelbar gegenwärtige war; ebenso ob der Besitzer aus seinem Hause herausgeworfen oder hineinzugehen abgehalten wird" und, dies vorausgeschickt, findet er es — „sehr klar — daß der Besitzer, dessen Haus in seiner Abwesenheit besetzt wird, als dejectus das Interdict gebrauchen kann, wenn er gleich nicht einmal den Versuch macht, seinen Besitz mit Gewalt zu behaupten." In Wahrheit, wenn das Werk, worin sich diese Deduction findet, nicht den Namen des Verfassers an der Stirn trüge, ich würde es nicht für möglich halten, daß sie aus Savigny's Feder geflossen wäre. Also, wenn ich die Nachricht erhalte, daß ein Anderer — ich will einmal annehmen: mit dem festesten Vorsatz, den Besitz mit Waffen in der Hand zu vertheidigen — sich in Besitz meines Hauses gesetzt hat, so ist hier für mich „keine zukünftige" — denn sie reicht ja nicht aus — sondern „eine unmittelbar gegenwärtige Gefahr" vorhanden! Was bleibt

denn — frage ich hier wieder — für die „zukünftige, nicht unmittelbar gegenwärtige Gefahr“ noch übrig? Dasselbe wie für die nicht „unmittelbar persönliche Gewaltthätigkeit“ d. h. Nichts! Aber wer sagt denn, daß der Occupant jene Absicht wirklich hat? Eine arme Familie hat sich im Winter in meinem leerstehenden Gartenhaus, Schuppen, Magazin, Sennhütte einquartirt, der Käufer des Guts hat rein aus Irrthum ein angrenzendes Grundstück, das mir gehört, in Cultur genommen, welche Gefahr droht mir denn hier, wenn ich hingehe, um meinen Besitz zu behaupten? Angenommen aber, als höchst ängstlicher Mensch scheue ich davor zurück, so ersetzt doch meine Furcht nicht die vis in der Person des Gegners. Wie beweise ich aber diese vis, wenn ich ihm keine Möglichkeit gegeben habe, sie zu bethätigen? Aber wie soll ich selbst nur einmal meine eigene Furcht beweisen? Und doch ist dies nöthig, denn wenn ich „nicht aus Furcht, sondern es nur überhaupt unterlassen habe, meinen Besitz zu behaupten, so ist der Besitz meines Gegners, da er mit meinem Willen seinen Anfang genommen, keine vitiosa possessio“. So Savigny auf S. 350. Wer würde da nicht lieber auf das ganze interd. unde vi verzichten, als sich zwei Beweise aufbürden, von denen der eine ebenso unmöglich ist, als der andere: der Beweis, daß mein Gegner es zu einem gewaltsamen Widerstande würde haben kommen lassen, wenn ich erschienen wäre, und der, daß das Motiv, warum ich nicht erschien, nicht in Bequemlichkeit, sondern in der Furcht vor persönlicher Mißhandlung bestanden habe?

Die römischen Juristen vermieden diese Schwierigkeiten einfach dadurch, daß sie das Interdict in jenem Fall gar nicht gewährten.

Wenn Justinian diese in meinen Augen unzweifelhafte Lücke ausfüllte und dem Besitzer die Mühe und Gefahr er-

sparte, sich erst persönlich dejiciren zu lassen, so hat er meines Erachtens sehr wohl daran gethan, und wenn Puchta (Pandekten §. 135 Not. c.) dies eine „Bahn der Willkühr“ nennt, weil hier „zwei wesentliche Voraussetzungen: erlittene Gewalt und Verlust des Besitzes fehlten“, so möchte hier der Vorwurf mehr den Tadler, als den Getadelten treffen. Denn in Bezug auf die letztere Voraussetzung übersieht Puchta, daß der Besitz, wenn der Besitzer nichts thut, ihn zu behaupten, verloren geht (XIV), und in Bezug auf erstere reducirt sich seine Ansicht im Grunde auf die naive Zumuthung an die Besitzer, ihre Haut zu Markte zu tragen und mit blutigen Köpfen sich das Interdict zu verschaffen, lediglich um den Schulbegriff der vis zu retten. Das Leben möchte über das Werthverhältniß beider Güter, die hier auf dem Spiele stehen, etwas anders denken!

Ich schließe hiermit die Darstellung der Entwickelung des int. unde vi im neuern Recht. Ob man dieselbe als analoge Ausdehnung dieses Interdicts oder mit dem quellenmäßigen Ausdruck als int. oder act. momentaneae poss. bezeichnen will, ist gleichgültig, der Name thut nichts zur Sache. Wie man diese Entwickelung zu ignoriren oder zu bestreiten vermag, ist mir unbegreiflich, und wenn Savigny dies gleichwohl gethan und mit einem Erfolge, daß bei den meisten seiner Nachfolger von ihr gar nicht mehr die Rede ist[129]), so ist mir das nur ein glänzendes Zeugniß für die Macht vorgefaßter Meinungen und für den verhängnißvollen Einfluß, den auch in unserer angeblich so kritischen Zeit die Autorität eines gefeierten Namens auszuüben vermag. Verhängnißvoll nenne ich ihn,

129) Höchstens dürfte Sintenis, Gem. Civilrecht II. §. 124 Anm. 48 zu nennen sein, der die act. spolii an die act. moment. poss. anzuknüpfen sucht, ohne aber von letzterer selbst eine zutreffende Vorstellung zu haben; sodann Brinz, Pandekten I. S. 86.

denn ich betrachte das, was man dabei von späterm Recht über Bord wirft, für eine der wenigen selbständigen werthvollen Leistungen der spätern Kaiserzeit. Die Entwickelung, welche sich darin vollzieht, ist der Uebergang von der beschränkten Form des Unrechts in Gestalt der vis zu dem Gedanken des Unrechts schlechthin, der „quaecunque injusta causa amissionis", wie es bei der act. spolii hieß. Die Aehnlichkeit, die in dieser Beziehung zwischen unserem Rechtsmittel und der letzten Klage obwaltet, liegt auf der Hand[130]), und gerade dieser Umstand, der in den Augen Mancher allein schon ausreichen wird, dasselbe zu discreditiren, gereicht ihr in den meinigen zur Empfehlung. Denn wer nicht von vornherein jede Umgestaltung der römischen Besitztheorie durch eine spätere Zeit als eine durch Mißverständniß und Unkenntniß bewirkte Corruption und Verirrung, als Abfall vom allein seligmachenden Evangelium der römischrechtlichen Theorie betrachtet, sondern wer gleich mir von der Ueberzeugung durchdrungen ist, daß eine Rechtsbildung, die nicht vorübergehend einmal auftaucht und dann wieder verschwindet, sondern die sich über viele Jahrhunderte hinzieht und trotz allen Widerspruchs sich hartnäckig behauptet, aus unwiderstehlichen praktischen Impulsen hervorgegangen sein muß, wird in der Thatsache, daß der obige Gedanke zweimal zu ganz verschiedenen, weit aus einander liegenden Zeiten und, wie es scheint, das zweite Mal völlig unabhängig vom ersten, sich seine Geltung zu verschaffen versteht, nur den Beweis seiner inneren Berechtigung und seiner zwingenden Kraft erblicken. Und wie mag man diese Berechtigung verkennen? Man lasse einmal das sogenannte wissen-

130) Sie wird auch von den ältern Juristen ausdrücklich hervorgehoben, z. B. Cujacius, Obs. XIX, 16: generale interdictum restitutorium momentariae possessionis, quod hodie beneficium redintegrandae possessionis vocamus. Perez l. c. §. 14.

schaftliche Interesse, das in der Gefährdung der von den römischen Juristen ererbten Begriffe nur zu gern sich selbst bedroht sieht, vorübergehend außer Augen und lege sich unbefangen die Frage vor, ob es denn irgendwie zu rechtfertigen ist, daß in solchen Fällen, wo die Entziehung des Besitzes unter den Begriff der vis fällt, der Beweis des bloßen Besitzes genügen, dagegen in allen anderen Fällen der des Eigenthums erfordert werden soll? Erkennt man einmal den Besitz als rechtlich zu schützendes Verhältniß an, warum denn nur der halbe, warum nicht der ganze Schutz? Ist denn die Halbheit des Schutzes, von der sich das alte interd. unde vi nicht freisprechen läßt, etwa ein Vorzug des früheren römischen Rechts, daß man Alles aufbieten müßte, sie aufrecht zu erhalten, oder ist sie nicht vielmehr eine Unvollkommenheit, der man nur in sofern eine gewisse historische Berechtigung zugestehen muß, als die römischen Juristen, gebunden durch die Fassung des Interdicts, nicht im Stande waren, bei der Interpretation desselben dem Begriff der vis eine Ausdehnung zu geben, welche ihn selber aufgehoben haben würde? Wenn die römische Jurisprudenz über das vi, clam, precario beim Besitz nicht hinausgekommen ist, so erblicke ich darin nicht den Ausdruck ihrer Ueberzeugung, daß diese Grenze in der Natur des Besitzes selber begründet sei, wie dies Manche annehmen, sondern lediglich das Resultat gegebener historischer Verhältnisse: der traditionellen Fixirung der possessorischen Interdicte auf die drei vitia possessionis. Wenn man bedenkt, wie diese Dreitheilung mit dem ganzen System bis in's Innerste und Kleinste hinein verwachsen war, wie sie überall in allen Formeln wiederkehrte, so wird man begreifen, daß man zu einer Zeit, wo noch das Proceßsystem in voller Blüthe stand, daran nicht rütteln konnte, ohne letzteres in allen seinen Theilen zu erschüttern. Für die spätere Kaiser-

zeit war dies Bedenken hinweggefallen, und wenn diese sich der ihr gewordenen Freiheit bediente, um die Grenzen des Besitzesschutzes über den Begriff der vis hinaus zu erweitern, so verdient dies statt Tadel und Widerstand im Gegentheil Anerkennung und bereitwilligste Aufnahme, ja, ich behaupte sogar, daß sie damit, weit entfernt, mit der Idee des Besitzes, wie sie vom früheren Rechte erfaßt und ausgeprägt war, in Widerspruch zu treten, dieselbe umgekehrt von einem innern Widerspruch befreit hat. Denn als einen solchen Widerspruch muß ich es bezeichnen, wenn der Erbe in Bezug auf den Besitz günstiger gestellt ist als der Erblasser. Ich habe bereits oben die possessorische Function der her. pet. hervorgehoben, und was von ihr gilt, gilt auch von den interd. adipisc. poss. des Erben: dem interd. quorum bonorum, quod legatorum und dem Remed. ex lege ult. Cod. de edicto Divi Hadriani tollendo. Nun vergleiche man einmal die rechtliche Stellung, welche diese Rechtsmittel dem Erben, mit derjenigen, welche die possessorischen Interdicte dem Erblasser gewähren. Während jener gegen alle Personen, die sich den Besitz der erbschaftlichen Sachen angeeignet haben, possessorische Rechtsmittel erhält [130a]: gegen diejenigen, welche es auf Grund eines angeblichen oder wirklichen Legats gethan haben, das interd. quod legatorum; gegen diejenigen, die es auf Grund eines angeblichen Erbrechts oder ohne allen Grund gethan haben, die hered. petitio, das interd. quorum bonorum und das genannte Remedium, so wird der Erblasser nur gegen denjenigen geschützt, der ihm gewaltsam den Besitz entzogen hat. Man wende nicht ein, jene Rechtsmittel der Erben seien adipiscendae, die des Erblassers aber recuperandae poss.

130a) Ueber die Berechtigung, sie mit diesem Namen zu belegen, habe ich mich oben S. 71 u. fl. ausgesprochen.

Denn das adipisci in der Person des Erben bezweckt nur ein recuperare des Besitzes des Erblassers, und nur darum erhält die beabsichtigte Wiedererlangung des Besitzes die Form der Erlangung, weil nach der römischen Besitztheorie der Besitz mit dem Tode des Erblassers unter- und nicht ipso jure auf den Erben übergeht[130b]). Der Grund aber dieses seines Anspruchs ist kein anderer als der ehemalige Besitz des Erblassers; dieser, nicht das Eigenthum bildet den Gegenstand des Beweises. Wenn aber der Erblasser selber oder der Erbe, nachdem er bereits den Besitz ergriffen hat, in die Lage kommt, den ihm unrechtmäßigerweise entzogenen Besitz zurückzufordern, so soll jene Vergünstigung der Beweiserleichterung ihm bloß dann zu Theil werden, wenn die Entziehung des Besitzes von der anderen Seite unter den Gesichtspunkt der vis fällt! Angenommen, der wahre oder vermeintliche Legatar eignet sich den Besitz der Sache an, läßt sich z. B. vom Pächter das Grundstück tradiren, bevor der Erbe den Besitz der Masse ergriffen, so kann letzterer mit dem int. quod legatorum die Rückgabe des Besitzes erzwingen, denn letzteres ist ganz allgemein darauf gestellt: quod quis legatorum nomine non ex voluntate heredis occupavit (l. 1 §. 2 quod leg. 43. 3). Geschieht dasselbe dagegen bei Lebzeiten des Testators, oder nachdem der Erbe sich bereits in Besitz gesetzt hat, so sind beide, soweit sie nicht eine vis auf gegnerischer Seite behaupten können, genöthigt, petitorisch zu klagen. Welcher Widerspruch! Muß der Mensch erst sterben, damit die Idee des Besitzesschutzes zu ihrem vollen Recht gelange, muß der Besitz und damit die Möglichkeit einer Be-

---

130b) Ebenso bei dem in l. 2 §. 3 de interd. (43. 1) erwähnten int. adipiscendae possessionis: quo itinere venditor usus est, quominus emtor utatur, vim fieri veto; s. auch l. 1 §. 37 de aqua (43. 20).

schränkung seines Schutzes auf die Voraussetzung der vis erst hinwegfallen, damit der obige Grundsatz: **quod quis non ex voluntate (ejus, ad quem res pertinet,) occupavit, restituat** zur Geltung gelange? Dann ist der ehemalige Besitz wirksamer als der gegenwärtige, die Aufhebung desselben ein Gewinn, die Fortdauer desselben eine Last! Man wird an den Wachtposten erinnert, der die Leute, welche einen Paß vorzeigen konnten, zur Revision desselben in das Wachtlokal dirigirte, diejenigen aber, welche keinen hatten, frei passiren ließ!

Und ein so schreiendes Mißverhältniß in den Wirkungen des ehemaligen und des gegenwärtigen Besitzes sollte durch die Idee des Besitzes geboten sein? Wir räumen ein, daß dasselbe im früheren römischen Recht begründet war. Aber wenn die römischen Juristen sich desselben nicht erwehrten, so lag der Grund nicht darin, weil sie nicht anders wollten, sondern, wie bereits mehrfach bemerkt, weil sie nicht anders konnten. Unsere heutige Wissenschaft aber, welche durch die oben nachgewiesene Entwickelung der Besitzrechtsmittel in der spätern Kaiserzeit die nöthige Freiheit erlangt hat, um sich von jener historischen Beschränktheit zu emancipiren, versündigt sich an sich selber und am praktischen Leben, wenn sie in blinder Anhänglichkeit an die Theorie der römischen Juristen sich unter die alten Fesseln zurückbegibt, wenn sie, anstatt dieselben zu erkennen als das, was sie sind, und sich zu freuen, daß sie gefallen sind, ihren ganzen Scharfsinn aufbietet, sie zu rechtfertigen und als Etwas darzustellen, was gar nicht anders sein könne. Was wir ihr entgegensetzen, ist der einfache Satz: der Besitz, der als rechtliches Verhältniß einmal anerkannt ist, verlangt nicht halben, sondern ganzen Schutz; für das Interesse und das Recht des Besitzes muß es gleichgültig sein, in welcher Weise derselbe verletzt wird, ob durch Gewalt oder auf

andere Weise, und dieselbe Allgemeinheit des Besitzesschutzes, die in der Richtung auf Anerkennung und Aufrechthaltung des Besitzes in den int. retin. poss. verwirklicht ist, muß ebenso für die interd. recup. poss. postulirt werden. Nur dadurch gewinnt der ganze Besitz einen harmonischen Abschluß, nur dadurch wird er das, was er sein soll und ist: eine Schutzwehr des Eigenthümers gegen Alle, welche unmittelbar in die Thatsächlichkeit seines Rechts eingreifen.

Der im Bisherigen erwähnte Fall der hered. pet. war nicht der einzige, wo schon das ältere Recht den Begriff der Vitiosität des Besitzes nicht auf die drei traditionellen Voraussetzungen der possessorischen Interdicte: vi, clam, precario beschränkt, sondern ihn ganz allgemein gefaßt hatte, es gesellte sich vielmehr noch ein anderes Verhältniß hinzu, wo sich dieselbe Erscheinung wiederholte: der Besitz der Freiheit von Seiten eines Sklaven. Die Formel lautete hier nicht „vi, clam, precario", sondern „sine dolo malo in possessione libertatis fuisse" — ein Gesichtspunkt ebenso allgemein, wie das pro possessore possidere bei der hered. pet. [131]).

Es bleibt uns noch übrig, das Princip des recuperatorischen Besitzesschutzes, wie es sich in den oben angegebenen einzelnen Entscheidungen der spätern Kaiser verwirklicht hat, genauer zu bestimmen und zu formuliren. Die dem älteren Recht bekannten drei speciellen Gründe: vi, clam, precario sind erweitert zu dem generellen Begriff der injusta possessio, wie er dem Besitz des pro possessore possidens bei der her. pet. und der Spolienklage des Mittelalters („quaecunque injusta causa amissionis possessionis") zu Grunde liegt, und es läßt sich hier ganz dieselbe Formel gebrauchen, deren sich der Prätor

131) S. darüber die l. 7 §. 5. l. 10, 11, 12 de lib. causa (40. 12).

bei dem int. quod legatorum bediente: quod quis non ex voluntate (actoris) occupavit — Besitzaneignung wider Willen des Besitzers. Unter diesen Gesichtspunkt fallen alle obigen Fälle: der Irrthum sowohl des Occupanten wie des bisherigen Besitzers (soweit es sich dabei um einseitige Besitzentziehung und nicht etwa um durch Irrthum veranlaßte Besitzübertragung handelt), die Erschleichung des Besitzes durch Collusion mit dem Stellvertreter oder durch illegalen obrigkeitlichen Befehl, die Aneignung des Besitzes an Grundstücken Abwesender. Dagegen sind ausgeschlossen alle Fälle des Besitzverlustes, die sich auf Tradition von Seiten des Besitzers stützen, sei letztere immerhin auch auf eine Weise bewirkt, welche eine Anfechtung des Akts zuläßt, z. B. mittelst Zwang oder Betrug. Die Grenzen werden freilich im einzelnen Fall zweifelhaft sein können, so insbesondere im Fall des Zwanges. Ist es metus oder vis, wenn Jemand durch Androhung von Thätlichkeiten uns zwingt, den Besitz des Hauses zu räumen? Im ersten Fall findet die act. quod metus causa, im letztern das interd. unde vi Statt. Das Interesse der Verschiedenheit der Klage ist bekanntlich kein unbedeutendes, bei der ersteren sind petitorische Einreden zulässig [132]), bei der letzteren ausgeschlossen. Processualisch möchte die Wahl der letztern Klage in den wenigsten Fällen des Erfolges ermangeln, denn zum Beweise der vis reichen Drohungen und Gewaltthätigkeiten, wie sie in beiden Fällen vorkommen, vollkommen aus [133]), und Sache des Beklagten wäre es, den Nachweis zu liefern, daß eine wirkliche Tradition

---

132) S. z. B. l. 12 §. 2 quod met. (4. 2).

133) Daher wird sowohl bei der act. quod met. causa der Ausdruck vis wie beim int. unde vi der Ausdruck metus gebraucht; s. z. B. l. 3. l. 14 §. 2 quod met. (4. 2) und l. 1 §. 29 de vi (43. 16).

vorgekommen sei. Dasselbe dürfte auch von dem Fall einer durch gesetzwidrige obrigkeitliche Verfügung bewirkten Ermission gelten (S. 97); auch hier gehen vis und metus in einander über, aber auch hier wird, wenn der Implorant durch freiwillige Räumung der Anwendung von Gewaltmaßregeln vorgebeugt hat, die Zulässigkeit des int. unde vi gegen den Immitirten nicht zu beanstanden sein.

Das aufgestellte Princip geht über die Voraussetzung des Delicts, die der Verschuldung in der Person des Beklagten, hinaus. Wer im Glauben an sein gutes Recht vom Vormunde die Herausgabe der im Besitz des Mündels befindlichen Sachen erwirkt hat, ist in keiner Schuld [134]), ebensowenig wer in Unkenntniß der Grenzen ein Stück vom Lande seines Nachbarn in Cultur genommen hat [135]). Nach bekannten allgemeinen Grundsätzen kann die in dem int. unde vi ausgesprochene Verpflichtung zur Leistung des vollen Schadensersatzes gegen sie ebensowenig zur Anwendung gelangen, als gegen die Erben dessen, der sich eine wirkliche vis hat zu Schulden kommen lassen; sie ist bedingt durch eine Verschuldung. Wo letztere fehlt, reducirt sich die Verpflichtung auf Herausgabe dessen, was Beklagter noch in Händen hat. Daß die Voraussetzung der Schuld sich nicht auf den Fall der vis beschränkt, bedarf keiner Bemerkung; wer sich wissentlich des Grundstückes eines Abwesenden bemächtigt, begeht keine vis (S. 100), gleichwohl soll er nach der l. 11 Cod. h. t. als

---

134) Daß die l. 7 §. 1 Cod. unde vi (8. 4) nicht bloß den Fall der Collusion betrifft, geht hervor aus den Worten: habito plerumque colludio.

135) Daß die l. 11 Cod. h. t. nicht das Gegentheil verfügt, lehrt der Augenschein. Justinian hat hier nicht Diejenigen im Auge, die irrthümlich, sondern die wissentlich fremdes Land occupiren und den Irrthum bloß als Vorwand benutzen.

„praedo“ gelten, und sollen gegen ihn „alle Bestimmungen des ältern Rechts gegen derartige Personen Anwendung finden“.

Ob nun die hier entwickelte Theorie, die in ihrem Kern ganz die alte Lehre von dem „generale restitutorium interdictum“ des Cujaz ist, und nur das einzige Verdienst einer sorgfältigeren Begründung derselben beansprucht, — ob nun diese Theorie, sage ich, den Vorwurf verdient, den Savigny (S. 466) ihr macht, daß „nach ihr das neue Recht der possessorischen Klagen ebenso unbestimmt und willkührlich wäre, als das alte Recht bestimmt und zusammenhängend war,“ wird für den vorurtheilslosen Leser nicht schwer zu beantworten sein. „Unbestimmt“ ist sie um nichts mehr und um nichts weniger als die Theorie der her. pet. und der oben genannten possessorischen Interdicte der Erben; sie bezweckt nichts Anderes, als dem Besitzesschutz für Lebende dieselbe Ausdehnung zu geben, die jene Rechtsmittel für den Todesfall gewährten, und ich wüßte nicht, daß bisher irgend Jemand sich über die Unbestimmtheit derselben beschwert hätte. Der Begriff des „pro possessore possidere“ ist weiter als der des „vi possidere“, aber weit und unbestimmt ist nicht gleichbedeutend, und ich meinerseits finde den im Bisherigen begründeten Begriff: Besitzaneignung ohne oder wider Willen des Besitzers ungleich bestimmter, als den von Savigny entwickelten Begriff der vis, der, nachdem er an der einen Stelle als „unmittelbar persönliche (d. h. gegen die Person gerichtete) Gewaltthätigkeit“ definirt ist (S. 429), zwei Seiten später (S. 431) elastisch genug ist, einen Fall, wo es an jeder persönlichen Gewalt völlig fehlt (s. oben S. 103), in sich aufzunehmen. Was den Vorwurf der Willkührlichkeit betrifft, den Savigny gegen die obige Theorie erhebt, so möchte er ebensowenig stichhaltig sein. Wer nicht von vornherein von der fixen Idee ausgeht, daß die Welt über das interd. unde

vi des römischen Prätors nicht hinausgehen dürfe, daß vielmehr das prätorische Edict für ewige Zeiten den Kanon des juristisch Denkbaren und Zulässigen abgebe, der wird in der Entbindung des recuperatorischen Besitzesschutzes von der Voraussetzung der vis nur einen durch die Interessen des praktischen Lebens und die Idee des Besitzesschutzes gerechtfertigten werthvollen Fortschritt, die Willkühr aber umgekehrt in der Beschränkung dieses Schutzes auf die enge Voraussetzung der vis erblicken. Denn wenn der Besitz einmal geschützt werden soll, warum bloß gegen vis? Was verschlägt es für den Besitzer, in welcher Weise ihn sein Gegner um den Besitz bringt? Der Schwerpunkt des Besitzes liegt doch, denke ich, im Besitzer selbst, nicht in seinem Gegner! Aber freilich wenn man diesen Satz umkehrt und das natürliche Verhältniß auf den Kopf stellt, wie die Savigny'sche Besitztheorie es thut, dann erklärt es sich, daß das Natürliche unnatürlich und das Unnatürliche natürlich erscheinen muß. Derselbe Gelehrte, der die von uns entwickelte Ansicht als eine undenkbare Corruption der römischen Besitztheorie mit Geringschätzung zurückweist, zieht und zerrt, wie soeben gezeigt, den Begriff der vis in einer Weise, daß er seiner eigenen Definition Hohn spricht, und findet keinen Anstoß daran, daß Justinian in der oben besprochenen l. 11 Cod. unde vi im Fall eines bereits vorher verloren gegangenen Besitzes das int. unde vi gegeben haben soll — ein Besitzrechtsmittel ohne Besitz, ein interd. unde vi ohne vis! Gegenüber dieser Abnormität, welche die Grundidee des ganzen Besitzes Preis giebt, einen Besitz schützt, wo keiner da ist, möchte doch die von uns geschilderte Entwicklung des int. unde vi im spätern Recht keine Ursache haben, sich vor dem Vorwurf der „Willkührlichkeit" scheu zu verkriechen.

Es bleibt mir schließlich noch übrig, die Frage aufzu-

werfen, ob das gewonnene Resultat sich bloß auf unbewegliche oder auch auf bewegliche Sachen bezieht. Wäre die Behauptung Savigny's richtig, daß das int. unde vi durch Aufnahme der für beide Arten von Sachen gleichmäßig geltenden l. 7 Cod. unde vi (8. 4) von Valentinian über die Strafen der Selbsthülfe in den Titel: unde vi stillschweigend auf bewegliche Sachen ausgedehnt worden sei, so würde die von uns nachgewiesene Erweiterung des Besitzesschutzes auch für letztere Platz greifen. Ich halte diese Behauptung mit fast allen anderen Juristen für unhaltbar [136]). Andererseits aber erscheint mir das Bedürfniß dieses erweiterten Schutzes bei beweglichen Sachen nicht minder dringend als bei unbeweglichen. Wie leicht kann eine bewegliche Sache auf unrechtmäßige Weise in fremden Besitz kommen, ohne daß die Voraussetzung einer „vitiosa possessio" im technischen Sinne der römischen Juristen vorliegt. Fremde Tauben sind mir zugeflogen, ein fremder Hund ist mir zugelaufen, eine fremde Sache ist bei mir stehen geblieben oder aus Versehen bei mir abgeliefert. In allen diesen Fällen habe ich weder vi noch clam mir den Besitz angeeignet; ist dies also die Voraussetzung des gegnerischen Besitzesschutzes, so fällt derselbe hier hinweg. Im ältern Recht gewährte das interd. utrubi Abhülfe; durch die Gleichstellung dieses Interdicts mit dem uti possidetis ist dies leider beseitigt. Wird der Ausfall vielleicht durch andere Klagen gedeckt? Schwerlich! Die Delictsklagen wegen unrechtmäßiger Aneignung fremder Sachen (cond. furt., act. furti, act. vi bon. rapt.) reichen nicht aus; die Vorenthaltung der fremden Sache fällt keineswegs immer unter den Begriff des furtum, man denke z. B. an den Fall, daß mein Gegner die Thatsache, daß der Hund ihm zugelaufen,

136) Die gewichtigen Bedenken, welche dagegen mehrfach erhoben sind (zuletzt von Bruns a. a. O. S. 74—77) sind m. E. weder von Savigny selber (S. 438 fl.), noch von Rudorff (704) beseitigt.

mir selber anzeigt, wegen irgendwelcher Ansprüche aber, z. B. wegen eines Noxalanspruches oder angeblichen eignen Eigenthums die Herausgabe desselben verweigert. Ob die act. ad exhibendum in einem solchen Fall zum Ziele führen dürfte, ist mir ebenfalls sehr zweifelhaft, denn der entscheidende Vorzug der possessorischen Klagen, daß weder das Interesse des Klägers, noch das eigene Recht des Beklagten einen Gegenstand der Verhandlung abgeben kann, fällt bei ihr hinweg [137]. Dasselbe Bedenken habe ich gegen die condictio possessionis, auf welche Bruns (a. a. O. S. 75) verweist. Es unterliegt allerdings keinem Zweifel, daß wie jede condictio, so auch die ob injustam causam oder sine causa statt auf's Eigenthum auf den Besitz gestützt werden kann [138], und der Begriff der injusta causa oder der völlig mangelnden causa (sine causa) paßt auch auf die Fälle der unrechtmäßigen oder grundlosen Vorenthaltung der Sache. Allein auch dieser Klage gegenüber darf man dem Beklagten weder den Einwand des mangelnden Interesses des Klägers, z. B. daß letzterer selbst die Sache gestohlen (S. 15, 50), noch den des eignen Eigenthums abschneiden [139], und damit geht wiederum ein Hauptvortheil, den die possessorischen Rechtsmittel gewähren, verloren — der Beklagte hat Gelegenheit, durch Vorschützung nichtiger Einreden, mit denen er im Besitzprozeß gar nicht gehört wird, die Sache in die

137) l. 3 §. 11 ad exh. (10. 4) ... alioquin et fur et raptor poterit, quod nequaquam verum est. l. 31 §. 1 Dep. (16. 3) .. non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli.

138) l. 1 §. 1; l. 2 de cond. trit. (13. 3). l. 25 §. 1 de furt. (47. 2).

139) Wie Rudorff (Savigny S. 712) die entgegengesetzte Behauptung auf die l. 1 §. 1, l. 2 de cond. trit. (13. 3). l. 13 §. 1 Dep. (16. 3). l. 25 §. 1 de furt. (47. 2) stützen will, ist mir unverständlich.

Länge zu ziehen. Das Bedürfniß, dem Besitzer auf possessorischem Wege zu seiner Sache zu verhelfen, behält also sein volles Gewicht.

Unsere Praxis hat dies von Alters her richtig erkannt und in der act. spolii eine Abhülfe gesucht, indem sie dieselbe auf alle Fälle der unrechtmäßigen Besitzaneignung ausdehnte [140]), und neuere Gesetzgebungen haben sich ihr angeschlossen [141]). In unserm Jahrhundert ist freilich die act. spolii in Folge des Verdammungsurtheils, das Savigny vom Standpunkt der einseitig romanistischen Theorie über sie fällte, in Mißcredit gekommen, und es mag fast als ein Wagniß erscheinen, ihr das Wort zu reden. Gleichwohl nehme ich keinen Anstand, meine Ueberzeugung auszusprechen, daß die mittelst dieser Klage bewerkstelligte Ausdehnung des Besitzesschutzes auf alle Fälle des Besitzverlustes ohne oder wider Willen des Besitzers ein durch und durch gesunder, praktischer Gedanke war, unendlich viel gesunder, als jene doctrinäre Prüderie, welche die Theorie der römischen Juristen um jeden Preis aufrecht erhalten will, ohne zu bedenken, daß mit dem Wegfall des interd. utrubi in seiner ursprünglichen Gestalt in dem römischen Recht selber eine Lücke entstanden ist, die nicht unausgefüllt bleiben kann, ohne die wichtigsten Interessen des Lebens bloß zu stellen. Bei beweglichen Sachen beruht praktisch in vielen Fällen der Eigenthumsschutz lediglich auf dem Besitz; Versagung des Besitzesschutzes bedeutet hier oft geradezu Verlust des Eigenthums (S. 46), Wie kümmerlich aber der Besitzesschutz bei beweglichen Sachen nach der herrschenden Lehre zugeschnitten ist, darüber wird das Urtheil schwerlich ein getheiltes sein können. Man giebt ihn da, wo er überflüssig ist,

140) Das Resultat der Entwicklung bei Bruns §. 44, 45.

141) So insbesondere das preuß. Recht, Bruns S. 441, 442.

und versagt ihn da, wo er nöthig ist. Das int. utrubi dient nach Savigny dem Zweck, einen gestörten, aber noch bestehenden Besitz gegen fernere Störungen zu schützen. Ich möchte wissen, wann und wo dasselbe je zur Anwendung gekommen ist! Etwa gegen Diebe und Räuber, die einen mißlungenen Versuch gemacht haben, sich unsere Sache anzueignen? Der einzige Fall seiner denkbaren Anwendung ist der der controversia de possessione (S. 79), und hier müssen nach der Savigny'schen Theorie erst Störungen vorausgehen, damit es möglich werde. Bleiben die Fälle der gewaltsamen oder heimlichen Besitzentziehung, wo Savigny durch das interd. unde vi und die Delictsklagen hilft, während die neuere Theorie, welche den interd. retinendae poss. mittelst consequenter Durchführung des Gesichtspunktes der Duplicität eine recuperatorische Function zu verschaffen weiß, ersteres durch das interd. utrubi ersetzt und diesem dadurch wenigstens eine gewisse praktische Brauchbarkeit sichert. Aber indem auch sie an der Voraussetzung des vitiosen Besitzes im Sinn der römischen Theorie in diesem Fall festhält, beschränkt sie dies Interdict auf solche Fälle, wo es wegen der ebenfalls zur Wahl stehenden Delictsklagen keinen erheblichen Werth hat, und versagt es da, wo es wegen Nichtzuständigkeit der letzteren gerade doppelt nöthig wäre.

Neuerdings hat Bruns [142]) den Versuch gemacht, diese Lücke auszufüllen und für den oben bezeichneten Gedanken der Spolienklage [143]) bereits im justinianeischen Recht einen Anknüpfungspunkt zu suchen. Er glaubt denselben in der l. 11

---

142) Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther B. IV. S. 65.

143) Die legislative Berechtigung desselben hatte er bereits in seinem Werk über den Besitz S. 503 anerkannt.

Cod. unde vi (8. 4) (S. 100) finden zu können, die er mit Savigny auf einen verlorenen Besitz bezieht und in der er den Beweis erblickt, daß „schon die Römer selber es mit dem Wesen einer possessorischen Klage und selbst des int. unde vi für vereinbar hielten, daß sie aus einem ohne fremdes Unrecht verlorenen und erst nach dem Verluste von einem Dritten occupirten Besitze angestellt würden". Obschon Justinian selber bei dem Gesetz wohl nur unbewegliche Sachen im Auge gehabt habe, so paßten doch das Princip des Gesetzes sowohl wie seine Worte ebenso gut auf Mobilien, als auf Immobilien, und es „gehe hiernach die Zulassung der Besitzklagen bei Verlust des Besitzes ohne fremde Gewalt nach der späteren römischen Auffassung durchaus nicht über das Wesen der possessorischen Klagen hinaus, sei vielmehr schon selbst als römisches Recht anzusehen."

Ohne mich mit dieser Art der Begründung einverstanden erklären zu können (s. oben S. 101 fl.), kann ich doch nur wünschen, daß die Praxis den gesunden Gedanken der Spolienklage, der die Erfahrung und Rechtssprechung eines halben Jahrtausends für sich hat, für bewegliche Sachen wieder aufnehmen möge. Da derselbe in Bezug auf unbewegliche Sachen nach meinen obigen Untersuchungen durch die Umgestaltung des interd. unde vi im neuern Recht vollständig verwirklicht worden ist, so kommt es nur darauf an, einen Gesichtspunkt zu finden, um das, was jene Entwicklung für die unbeweglichen Sachen zu Wege gebracht hat, auch den beweglichen zuzuwenden. Aber, wird man fragen, wenn die spätere Gesetzgebung dies für angemessen gehalten hätte, warum hat sie es nicht selber gethan? Die Antwort liegt in Folgendem.

Für bewegliche Sachen galt damals noch das interd. utrubi in seiner alten Gestalt [144]), welches dem Besitzer gegen

144) S. z. B. die l. 1 Cod. Theod. Utrubi (4. 23) aus dem Jahre 400, wo dasselbe wegen zugelaufener Colonen gegeben wird.

jeden Besitzverlust Schutz gewährte, vorausgesetzt, daß dasselbe zeitig genug erhoben ward. Die beweglichen Sachen waren mithin in ihrem Schutz den unbeweglichen weit voraus, und die ganze Entwicklung des interd. unde vi, kann man sagen, hatte nur den Zweck, diesen Vorsprung auszugleichen. Hat nun die (mir stets räthselhaft gebliebene) Gleichstellung des int. utrubi und uti possidetis dies Verhältniß gänzlich auf den Kopf gestellt? Justinian hat sich darüber nicht ausgesprochen, aber es ist schwer zu glauben. Es dürfte sich vielleicht folgender Weg einschlagen lassen, um den beweglichen Sachen das scheinbar verlorene Terrain wieder zu verschaffen. Nach bekannten neueren Untersuchungen kann der possessor justus den possessor injustus statt mit einem recuperatorischen Interdict auch mit dem interd. retinendae poss. auf Herausgabe des Besitzes belangen [145]). Die oben nachgewiesene Erweiterung des Begriffs der vis zur possessio injusta im ganz abstracten Sinn muß aber wie für das interd. unde vi, so auch für das interd. uti poss. zur Anwendung gelangen, und da für das interd. utrubi wiederum dasselbe gelten soll, wie für jenes Interdict, folgeweise auch für dieses. Der Gedanke des Schutzes des Besitzes gegen jede unrechtmäßige Entziehung, wie er sich in der spätern Entwicklung des interd. unde vi verwirklichte, ist ein ganz allgemeiner Gedanke, für dessen Beschränkung auf unbewegliche Sachen sich kein anderer Grund geltend machen läßt, als seine historische Beziehung zu dem interd. unde vi, — eine Beschränkung, die sich aus dem damaligen völlig ausreichenden

---

145) Gilt dies für den Fall, daß Beklagter noch besitzt, so muß es ebensogut für den Fall gelten, daß er den Besitz selber aufgegeben hat, das Gegentheil steht mit dem bekannten Grundsatz: dolus pro possessione est in Widerspruch.

Länge zu ziehen. Das Bedürfniß, dem Besitzer auf possessorischem Wege zu seiner Sache zu verhelfen, behält also sein volles Gewicht.

Unsere Praxis hat dies von Alters her richtig erkannt und in der act. spolii eine Abhülfe gesucht, indem sie dieselbe auf alle Fälle der unrechtmäßigen Besitzaneignung ausdehnte [140]), und neuere Gesetzgebungen haben sich ihr angeschlossen [141]). In unserm Jahrhundert ist freilich die act. spolii in Folge des Verdammungsurtheils, das Savigny vom Standpunkt der einseitig romanistischen Theorie über sie fällte, in Mißcredit gekommen, und es mag fast als ein Wagniß erscheinen, ihr das Wort zu reden. Gleichwohl nehme ich keinen Anstand, meine Ueberzeugung auszusprechen, daß die mittelst dieser Klage bewerkstelligte Ausdehnung des Besitzesschutzes auf alle Fälle des Besitzverlustes ohne oder wider Willen des Besitzers ein durch und durch gesunder, praktischer Gedanke war, unendlich viel gesunder, als jene doctrinäre Prüderie, welche die Theorie der römischen Juristen um jeden Preis aufrecht erhalten will, ohne zu bedenken, daß mit dem Wegfall des interd. utrubi in seiner ursprünglichen Gestalt in dem römischen Recht selber eine Lücke entstanden ist, die nicht unausgefüllt bleiben kann, ohne die wichtigsten Interessen des Lebens bloß zu stellen. Bei beweglichen Sachen beruht praktisch in vielen Fällen der Eigenthumsschutz lediglich auf dem Besitz; Versagung des Besitzesschutzes bedeutet hier oft geradezu Verlust des Eigenthums (S. 46). Wie kümmerlich aber der Besitzesschutz bei beweglichen Sachen nach der herrschenden Lehre zugeschnitten ist, darüber wird das Urtheil schwerlich ein getheiltes sein können. Man giebt ihn da, wo er überflüssig ist,

140) Das Resultat der Entwicklung bei Bruns §. 44, 45.

141) So insbesondere das preuß. Recht, Bruns S. 441, 442.

und versagt ihn da, wo er nöthig ist. Das int. utrubi dient nach Savigny dem Zweck, einen gestörten, aber noch bestehenden Besitz gegen fernere Störungen zu schützen. Ich möchte wissen, wann und wo dasselbe je zur Anwendung gekommen ist! Etwa gegen Diebe und Räuber, die einen mißlungenen Versuch gemacht haben, sich unsere Sache anzueignen? Der einzige Fall seiner denkbaren Anwendung ist der der controversia de possessione (S. 79), und hier müssen nach der Savigny'schen Theorie erst Störungen vorausgehen, damit es möglich werde. Bleiben die Fälle der gewaltsamen oder heimlichen Besitzentziehung, wo Savigny durch das interd. unde vi und die Delictsklagen hilft, während die neuere Theorie, welche den interd. retinendae poss. mittelst consequenter Durchführung des Gesichtspunktes der Duplicität eine recuperatorische Function zu verschaffen weiß, ersteres durch das interd. utrubi ersetzt und diesem dadurch wenigstens eine gewisse praktische Brauchbarkeit sichert. Aber indem auch sie an der Voraussetzung des vitiosen Besitzes im Sinn der römischen Theorie in diesem Fall festhält, beschränkt sie dies Interdict auf solche Fälle, wo es wegen der ebenfalls zur Wahl stehenden Delictsklagen keinen erheblichen Werth hat, und versagt es da, wo es wegen Nichtzuständigkeit der letzteren gerade doppelt nöthig wäre.

Neuerdings hat Bruns [142]) den Versuch gemacht, diese Lücke auszufüllen und für den oben bezeichneten Gedanken der Spolienklage [143]) bereits im justinianeischen Recht einen Anknüpfungspunkt zu suchen. Er glaubt denselben in der l. 11

---

142) Im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther B. IV. S. 65.

143) Die legislative Berechtigung desselben hatte er bereits in seinem Werk über den Besitz S. 503 anerkannt.

Besitzschutz der beweglichen Sachen zur Genüge erklärt und durch die im justinianeischen Recht vollzogene Gleichstellung der beweglichen und unbeweglichen Sachen für die **interdicta retinendae poss.** als aufgegeben zu betrachten ist.

Mein Gesammtresultat besteht mithin darin: sowohl für bewegliche als unbewegliche Sachen gilt im heutigen Recht, und zwar schon nach Grundsätzen des justinianeischen Rechts der Satz, daß der Besitzer gegen jede Besitzaneignung von Seiten eines Dritten, die sich nicht (wie im Fall des **dolus** oder **metus**) auf seinen eigenen Willen zurückführen läßt, possessorischen Schutz beanspruchen darf; die näheren Umstände dieser Besitzaneignung, ob sie gewaltsam oder heimlich oder aus Irrthum geschah, ob **dolus** oder Versehen einer dritten Person dabei mitwirkte, sind dabei völlig gleichgültig, Kläger hat nichts zu beweisen als seinen bisherigen Besitz und die Art, wie derselbe von ihm an den Beklagten gelangte.

X.

Die Eigenthumsidee im materiellen Besitzrecht.

1. Extensive Congruenz des Besitzes und Eigenthums.

Die Aufgabe der folgenden Abschnitte dieser Abhandlung (X—XIV) besteht in dem Nachweis, daß das im Bisherigen nachgewiesene Motiv des Besitzesschutzes die ganze Gestaltung der Besitzeslehre bestimmt hat, daß die Beziehung des Besitzes auf das Eigenthum derjenige Gesichtspunkt gewesen ist, durch welchen sich die römischen Juristen bei Entwerfung der Besitztheorie haben leiten lassen. Scheinbar gehen die folgenden Ausführungen weit über die Gränzen meines Thema's hinaus, in Wirklichkeit aber enthalten sie nur die Vervollständigung und die

Probe der Grunddidee meiner ganzen Abhandlung. Ist der Besitz, wie ich ihn auffasse, ein an sich juristisch bedeutungsloses Verhältniß, das erst vom Eigenthum eine reflectirte juristische Bedeutung erhält, so dreht sich das Verhältniß zwischen Besitz und Besitzesschutz, wie es die bisherige Lehre auffaßte, geradezu um. Während letztere nämlich vom Besitz ausgeht und von ihm zum Besitzesschutz als einer Consequenz desselben gelangt, die Frage von den Voraussetzungen des Besitzes mithin rein der Anschauung desjenigen thatsächlichen Verhältnisses zur Sache entnimmt, welches wir im Leben als Besitz bezeichnen, so ist mein Weg der gerade entgegengesetzte. Beginnend mit dem Eigenthum, gelange ich zuerst zum Besitzesschutz und sodann erst zu dem Besitz. Für mich ist also die Lehre von den Voraussetzungen des Besitzes nicht durch ihn selber gegeben, sondern ausschließlich bestimmt durch den praktischen Zweck des Besitzesschutzes, und was auch immerhin der Besitz nach der natürlichen Auffassung des Lebens sein möge, wo er ihr zufolge vorhanden sei, oder wo er fehlen möge, kommt gegenüber denjenigen Rücksichten, die aus jenem Zweck sich ergeben, gar nicht in Betracht. Der Gegensatz des juristischen und natürlichen Besitzes hat daher nach meiner Theorie nichts Auffälliges, nach der Savigny'schen ist er in manchen Anwendungen ein reines Räthsel.

Der bestimmende Einfluß, den das Eigenthum meines Erachtens auf die Gestaltung der Besitzeslehre ausgeübt hat, äußert sich nach zwei Richtungen:

1. in Bezug auf die *extensive* Erstreckung des Besitzbegriffs, — *die Gränzen der Möglichkeit des Eigenthums bilden auch die der Möglichkeit des Besitzes.*

2. in Bezug auf die *innere* Gestaltung des Besitzbegriffs, d. h. auf die Frage vom Dasein oder von den Erfor-

dernissen der Entstehung und Fortdauer des Besitzes — Besitz ist Thatsächlichkeit, Sichtbarkeit des Eigenthums, er liegt da vor, wo das Verhältniß der Person zur Sache ein derartiges ist, wie es für den Eigenthümer die Regel bildet.

Der Nachweis der extensiven Congruenz des Eigenthums und Besitzes erfordert ein Doppeltes:

a) den Beweis, daß der Besitz nicht weiter reicht, als das Eigenthum, — wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz;

b) den Beweis, daß er gerade so weit reicht, wie letzteres — wo Eigenthum, da auch Besitz.

a) Wo kein Eigenthum, da auch kein Besitz.

Wo das Eigenthum nicht denkbar ist, weil die Sache nicht Object oder die Person nicht Subject desselben sein kann, würde das Recht mit sich selbst in Widerspruch treten, wenn es das äußerliche Verhältniß der Person zur Sache als thatsächliches Eigenthum interimistisch schützen wollte. Thatsächlich kann Nichts sein, was nicht möglich ist. So erklärt es sich, daß das römische Recht bei mangelnder subjectiver oder objectiver Eigenthumsfähigkeit wegen dieses in der Person oder Sache gelegenen Hindernisses den Besitz ausschließt.

Es ist schon bei der Kritik der verschiedenen Besitztheorieen mehrfach darauf hingewiesen, daß dieser Satz des römischen Rechts sich mit denjenigen von ihnen, welche den Besitz nicht an das Eigenthum anlehnen [146]), schlechterdings nicht verträgt. Was verschlägt die Eigenthumsunfähigkeit der Person oder

146) Anders in der Theorie von Hufeland a. a. O. S. 73, 83, und Thibaut § 210 (s. oben S. 20).

Sache für die Frage, ob die Rechtsordnung oder die Persönlichkeit durch einen Gewaltakt gestört, oder ob der Wille durch Aufhebung des factischen Verhältnisses mißachtet worden ist? Ich erinnere mich nicht, bei irgend einem der Urheber oder Vertheidiger jener Theorieen eine befriedigende Antwort auf diesen Einwurf gefunden zu haben. Savigny beschränkt sich auf die bloße Assertion, daß die Fälle der objectiven und subjectiven Besitzunfähigkeit „unmittelbar aus dem Begriff des Besitzes folgten" (S. 124), allein er hat auch nicht ein Wort hinzugefügt, um diese Behauptung zu begründen. Alles, was er sagt, ist, daß **res extra commercium** nicht besessen werden könnten (S. 124), daß es „sehr natürlich sei, wenn die Sklaven des juristischen Besitzes unfähig seien, da sie überhaupt keine Rechte hätten" (S. 127), und daß auch die Besitzunfähigkeit der Hauskinder aus dem Satz folge, daß sie „kein Vermögensrecht haben könnten" (S. 126). Was hat denn aber die Vermögensfähigkeit mit dem Savigny'schen Besitzbegriff zu schaffen? Der Besitz ist ja kein Vermögensrecht, sondern nichts als die Staffage für irgend ein gegen die Person gerichtetes Unrecht, und ob diese Staffage ein **locus publicus** oder **privatus** ist, kann doch nichts ausmachen?

Es wird vielleicht am förderlichsten sein, wenn wir einmal das Verhältniß des Haussohns zur Besitzesfrage etwas näher in's Auge fassen, und zwar sowohl von der passiven als activen Seite, d. h. den Haussohn sowohl als Object wie als Subject des Besitzes. Daß das thatsächliche Verhältniß des Vaters zum Hauskinde nicht als Besitz aufzufassen sei, wird in der **l. 1 §. 8 de poss. (41. 2)** ausdrücklich bezeugt und enthält nur eine Anwendung des allgemeinen Satzes, daß freie Personen nicht besessen werden können. Vom Standpunkt meiner Anschauung aus erklärt sich dies

wird dem Einen die Besitzfähigkeit aberkannt, dem Andern zuerkannt. Wie wenig aber das Willensmoment für das Besitzverhältniß des Hauskindes überhaupt in Betracht kommt, zeigt die Entscheidung der l. 44 § 7 i. f. de usurp. (41. 3)[151]). Ein Haussohn hat in Abwesenheit seines Vaters Sachen in dessen Namen gekauft und tradirt erhalten, der Vater stirbt in der Fremde; wie verhält es sich mit dem Besitz? Antwort: von dem Moment des Todes des Vaters an (nicht erst von dem an, wo der Sohn Kunde erhalten) hat letzterer den Besitz gehabt. Warum? Mit jenem Moment ist er sui juris, suus heres und Eigenthümer geworden, und daran schließt sich in den Augen des Juristen als selbstverständliche Folge, daß er auch Besitzer wird. Und doch ist mit seinem Willen nicht die geringste Veränderung vorgegangen; er hält sich nach wie vor für einen Haussohn und will für den Vater detiniren. Nicht also der mangelnde Wille ist es, der den Haussohn vom Besitz ausschließt, sondern seine mangelnde Eigenthumsfähigkeit, mit letzterer erhält er ohne sein Wissen und Wollen die Besitzfähigkeit und den Besitz. Darum würde umgekehrt von den römischen Juristen dem Haussohn, dem die fälschliche Nachricht vom Tode seines Vaters zugekommen wäre, trotz seines Besitzwillens der Besitz abgesprochen worden sein.

Nicht also in der Gewalt liegt das Hinderniß des Besitzes für den Haussohn, sondern in der ihm fehlenden Eigenthumsfähigkeit; wo letztere vorhanden, wie beim filiusfamilias miles, steht erstere nicht entgegen. So gibt uns demnach das Verhältniß des Haussohns einen Beleg für beide

151) Savigny (S. 126) weiß über diese mit seiner ganzen Theorie (vor Allem auch mit der über den animus domini) allerdings unverträgliche Entscheidung nichts weiter zu sagen, als daß sie „etwas besonderes zu sein scheine".

Sätze, die wir hier zu erweisen haben: wo kein Eigenthum, auch kein Besitz — wo Eigenthum, auch Besitz.

Es bleibt mir noch übrig, eines Verhältnisses zu gedenken, bei dem man die Richtigkeit meines obigen Satzes anfechten könnte. **Forum autem et basilicam hisque similia non possident (municipes), sed promiscue his utuntur**, sagt Paulus in **l. 1 § 22 de poss. (41. 2)**. Und doch hat die Stadt Eigenthum an den genannten Objecten; hier fehlt es also an jener angeblichen Deckung zwischen Besitz und Eigenthum! Wenn ich den Vordersatz läugne, so geschieht es nicht erst bei dieser Gelegenheit. Schon bei einer andern Veranlassung [152]) habe ich bestritten, daß das Verhältniß des Staats zu den Gegenständen des Gemeingebrauchs (**res publicae**) als Eigenthum aufzufassen sei, und ich sehe mich genöthigt, da die Gelegenheitsschriften, in denen ich es gethan, muthmaßlich den wenigsten meiner Leser in die Hände gekommen sind, den Kern meiner Ansicht hier zu wiederholen.

Ich gehe davon aus, daß die Begriffe des rechtlichen „Gehörens" („**alicujus esse**") und des Eigenthums nicht zusammenfallen, daß vielmehr mir etwas „gehören" kann, ohne in meinem Eigenthum zu stehen, d. h. ohne den Grundsätzen zu unterliegen, welche für letzteres in Bezug auf Erwerb, Verlust, Schutz, Miteigenthum u. s. w. aufgestellt sind. Mein Haar „gehört" mir, aber welcher Verständige wird mir daran Besitz und Eigenthum zuschreiben [153])? Das wäre ein

---

152) In den von mir im Auftrage der Regierung vom Canton Basel-Stadt verfaßten zwei Gutachten, No. I Leipz. 1862 S. 36—44 No. II Basel 1862 S. 3—20; s. auch meinen Geist des R. R. III S. 336 Note 476.

153) **l. 13 pr. ad leg. Aq. (9. 2) dominus membrorum suorum nemo videtur.**

leeres Spiel mit Begriffen, denn das Praktische der beiden Begriffe: die possessorischen Schutzmittel und die reivindicatio können bei diesem Verhältniß gar nicht zur Anwendung gelangen. Erst wenn das Haar nicht mehr einen Theil meines Körpers bildet, fällt es als Sache dem Eigenthumsbegriff anheim.

In diesem Sinne können denn auch dem Einzelnen sowohl wie dem Staat Sachen gehören, ohne daß auf sie die Eigenthumstheorie Anwendung fände. Als Beispiel der ersteren Möglichkeit nenne ich die **res religiosae**, an denen das römische Recht den Begriff des rechtlichen Gehörens ausdrücklich anerkennt und doch die Anwendbarkeit des Eigenthumsbegriffs ebenso ausdrücklich ausschließt [154]. Als Beispiel der zweiten Möglichkeit führe ich die **res publicae** an. Nirgends wird das Verhältniß des Staats zu ihnen von den römischen Juristen als **dominium** bezeichnet, im Gegentheil wird dieser Ausdruck sorgfältig von ihnen vermieden; der Ausdruck „**universitatis, populi Romani esse**“ ist eben so unbestimmt, wie: „**pertinere ad aliquem**“ und wird wie von den **res publicae**, so auch von den **res sacrae** und **religiosae** gebraucht [155]. Dagegen wird die Anwendbarkeit des Eigenthumsbegriffs auf sie umgekehrt klar negirt, indem sie nicht bloß zu dem wirklichen Staatseigenthum (**patrimonium, pecunia, bona populi, fisci**) in Gegensatz gestellt werden [156], sondern auch die Möglichkeit der die Eigenthums-

154) Die Belegstellen in meinem Geiste des R. R. a. a. O. S. 335.

155) **Frontinus de contr. agror. II** (Ausg. der röm. Feldmesser von Blume, Lachmann, Rudorff I S. 56) **lucos sacros, quorum solum indubitate populi Romani est** und **l. 3 pr. §. 8—10 de sep. viol. (47. 12).**

156) **l. 6 pr., l. 72 § 1 de cont. emt. (18. 1). l. 14 pr. de**

fähigkeit der Sache voraussetzenden Begriffe, z. B. der Usucapion, der Servituten, des Kaufs, der Stipulation u. s. w. bei ihnen ausdrücklich in Abrede gestellt wird[157]). Wozu ein Eigenthum, auf welches kein Satz der Eigenthumstheorie Anwendung findet, und dessen reale Benutzung für immer dem angeblichen Eigenthümer (der juristischen Person als solcher) entzogen ist und Personen zusteht, die es nicht haben? Wenn man antwortet: weil der etwaige Nebenertrag (z. B. das Gras auf öffentlichen Wegen) dem Staat zufällt, und weil letzterer die res publica aufheben und in gewöhnliches Privateigenthum verwandeln kann, so bemerke ich dagegen, daß ganz dasselbe auch bei den res religiosae eintreten kann, ohne daß darum das Recht des Berechtigten an ihnen (jus sepulcri[158])) als Eigenthum aufgefaßt würde. Wäre dieser Grund stichhaltig, so müßte man mir auch Eigenthum an meinen Haaren zusprechen.

Wie das Verhältniß des Staats zu den res publicae positiv zu bezeichnen sei, ob als Hoheitsrecht, wie Keller[159]) und ihm folgend ich es gethan, oder nicht,

---

A.R.D. (41. 1). l. 2 § 4 Ne quid in loco (43. 8). l. 17 pr. de V.S. (50. 16). Was dem gegenüber die Wendung: res publicae nullius in bonis esse creduntur (l. 1 pr. de R.D. l. 8) und sacrae res et religiosae et sanctae nullius in bonis sunt. (l. 6 § 2 ibid.), bedeutet, sollte doch nicht zweifelhaft sein.

157) l. 83 § 5 de V.O. (45. 1). l. 34 § 1 de cont. emt. (18. 1). l. 1 pr. de S.P.U. (8. 2). l. 9 de usup. (41. 3). l. 2 de via publ. (43. 11).

158) Ueber den Ausdruck: jus sepulcri und jura sepulcrorum s. l. 4 de mort. inf. (11. 8). l. 3 § 9 de sep. viol. (47. 12). l. 4, 6, 8, 13 Cod. de rel. (3. 44).

159) In dem aus Veranlassung des obigen Rechtsstreites erstatteten Gutachten (abgedruckt in dem „Nachtrag zu dem Gutachten betreff. die Baseler Festungswerke (von J. Rüttimann, Zürich 1860) u. in seinen Pandekten § 48.

Darüber möge man streiten: genug, es ist kein Eigenthum im Sinne des römischen Rechts, ebenso wenig wie das [illegible] [illegible] Eigenthum es ist. Daß die Alternative: Hoheitsrecht oder Eigenthum, in der man die ganze Frage beschlossen wähnt, zu eng ist, sollte doch schon das dem römischen Recht [illegible] als Rechtsverhältniß anerkannte Verhältniß [illegible] der oder [illegible] Personen zu den res sacrae und religiosae lehren; wer ein Eigenthum des Staats an den res publicae annimmt, möge es auch an jenen Sachen thun und vor allem Rede und Antwort stehen, welche Sätze der [illegible] bei ihnen zur Anwendung gelangen, er [illegible] daß ihm schließlich nichts als der bloße [illegible] Eigenthum — ein Schatten ohne alle Realität — zurückbleibt.

Die [illegible] mit der von mir im Bisherigen begründete[n] Parallelismus zwischen Besitz und Eigenthum gewinnen durch die eben citirte L. 1 § 22 de poss. eine [illegible] gegenseitig ergänzende Unterstützung. Indem nämlich diese Stelle den Besitz an den res publicae leugnet und dafür den usus (publicus) substituirt, erkennt sie zugleich den von mir aufgestellten Satz an: wo kein Eigenthum, da ist auch kein Besitz, und gibt dadurch ein neues Argument gegen die Theorie des Staatseigenthums an res publicae. Denn wenn der Staat das Eigenthum an ihnen hat, warum sollte die römische Jurisprudenz nicht die [illegible] die [illegible] dem Staat den [illegible] des Eigenthums als Besitz auf und versagte sie dem Staat den [illegible] wichtigen Besitzschutzes?

[illegible] Eigenthum, auch Besitz.

[illegible] possessorische Schutz ein [illegible] Eigenthumsschutzes, so muß der Besitz dem Eigenthum beständig zur Seite bleiben, wenn im [illegible]

Voraussetzungen desselben vorhanden sind. Dieser letztere Vorbehalt wird mich gegen den Einwand sicher stellen, daß das Eigenthum ohne Besitz fortdauern könne, denn damit letzterer fortdauere, genügt nicht, daß das Eigenthum selber, sondern daß seine *thatsächliche Ausübung* fortbestehe.

Fragen wir jetzt, ob die römische Besitztheorie jener Anforderung entspricht, so kenne ich kein Eigenthumsverhältniß, wo der hier postulirte Parallelismus zwischen Besitz und Eigenthum sich verläugnet. Wo Eigenthum angenommen wird, lassen die römischen Juristen immer auch den Besitz zu, ja sogar da, wo sie zu diesem Zweck genöthigt sind, dem Schulbegriff des Besitzes untreu zu werden. Nicht als Beleg der *letztern* Behauptung, sondern lediglich als Beispiel jenes Parallelismus überhaupt führe ich das Miteigenthum an, das ebenso auf dem Gebiete des Besitzes sein Seitenstück am Mitbesitz findet, wie umgekehrt die Unmöglichkeit eines Miteigenthums in solidum an der Unmöglichkeit des Mitbesitzes in solidum. Zur Bestätigung *jener* Behauptung dagegen glaube ich auf folgende Verhältnisse verweisen zu dürfen:

1. Besitz der *Kinder* und der *Wahnsinnigen*. Warum bei willenlosen Personen einen Besitz annehmen, wenn das Interesse und Motiv desselben lediglich im Willen liegt? Soll man sie künstlich durch Vermittlung der Vormünder in Stand setzen, ein Delict zu erleiden, gegen das sie sonst doch durch ihre natürliche Willensunfähigkeit gesichert wären? Es wäre in meinen Augen um nichts besser, als einem Zahnlosen einen Zahn einsetzen, bloß um ihm die Möglichkeit von Zahnschmerzen zu verschaffen. Wohl dem, möchte ich im Gegentheil ausrufen, der *keinen* Willen hat, wenn nämlich die rechtliche Bedeutung des Besitzes lediglich darin besteht, das Verhältniß zu sein, in dem der Wille und verletzt wird! Niemand wird läugnen, daß

darüber möge man streiten; genug, es ist kein Eigenthum im Sinne des römischen Rechts, ebenso wenig wie das literarische Eigenthum es ist. Daß die Alternative: Hoheitsrecht oder Eigenthum, in der man die ganze Frage beschlossen wähnt, zu eng ist, sollte doch schon das vom römischen Recht ausdrücklich als Rechtsverhältniß anerkannte Verhältniß juristischer oder physischer Personen zu den res sacrae und religiosae lehren; wer ein Eigenthum des Staats an den res publicae annimmt, möge es auch an jenen Sachen thun und vor Allem Rede und Antwort stehen, welche Sätze der Eigenthumstheorie bei ihnen zur Anwendung gelangen, er wird sich überzeugen, daß ihm schließlich nichts als der bloße Ausdruck Eigenthum — ein Schatten ohne alle Realität — zurückbleibt.

Die obige Ansicht und der von mir im Bisherigen begründete Parallelismus zwischen Besitz und Eigenthum gewinnen durch die oben citirte l. 1 §. 22 de poss. eine sich gegenseitig ergänzende Unterstützung. Indem nämlich diese Stelle den Besitz an den res publicae läugnet und dafür den usus (publicus) substituirt, erkennt sie einerseits den von mir aufgestellten Satz an: wo kein Eigenthum, da ist auch kein Besitz, und gibt dadurch ein neues Argument gegen die Theorie des Staatseigenthums von res publicae. Denn wenn der Staat das Eigenthum an ihnen hat, warum faßte die römische Jurisprudenz nicht die Thatsächlichkeit desselben als Besitz auf und versagte sie dem Staat den für den Eigenthumsschutz so wichtigen Besitzesschutz?

b. Wo Eigenthum, auch Besitz.

Ist der possessorische Schutz ein unentbehrliches Complement des Eigenthumsschutzes, so muß der Besitz dem Eigenthum beständig zur Seite bleiben, wenn im Uebrigen nur die

Voraussetzungen desselben vorhanden sind. Dieser letztere Vorbehalt wird mich gegen den Einwand sicher stellen, daß das Eigenthum ohne Besitz fortdauern könne, denn damit letzterer fortdauere, genügt nicht, daß das Eigenthum selber, sondern daß seine thatsächliche Ausübung fortbestehe.

Fragen wir jetzt, ob die römische Besitztheorie jener Anforderung entspricht, so kenne ich kein Eigenthumsverhältniß, wo der hier postulirte Parallelismus zwischen Besitz und Eigenthum sich verläugnet. Wo Eigenthum angenommen wird, lassen die römischen Juristen immer auch den Besitz zu, ja sogar da, wo sie zu diesem Zweck genöthigt sind, dem Schulbegriff des Besitzes untreu zu werden. Nicht als Beleg der letztern Behauptung, sondern lediglich als Beispiel jenes Parallelismus überhaupt führe ich das Miteigenthum an, das ebenso auf dem Gebiete des Besitzes sein Seitenstück am Mitbesitz findet, wie umgekehrt die Unmöglichkeit eines Miteigenthums in solidum an der Unmöglichkeit des Mitbesitzes in solidum. Zur Bestätigung jener Behauptung dagegen glaube ich auf folgende Verhältnisse verweisen zu dürfen:

1. Besitz der Kinder und der Wahnsinnigen. Warum bei willenlosen Personen einen Besitz annehmen, wenn das Interesse und Motiv desselben lediglich im Willen liegt? Soll man sie künstlich durch Vermittlung der Vormünder in Stand setzen, ein Delict zu erleiden, gegen das sie sonst doch durch ihre natürliche Willensunfähigkeit gesichert wären? Es wäre in meinen Augen um nichts besser, als einem Zahnlosen einen Zahn einsetzen, bloß um ihm die Möglichkeit von Zahnschmerzen zu verschaffen. Wohl dem, möchte ich im Gegentheil ausrufen, der keinen Willen hat, wenn nämlich die rechtliche Bedeutung des Besitzes lediglich darin besteht, das Verhältniß zu sein, in dem der Wille getroffen und verletzt wird! Niemand wird läugnen, daß es eine der

größten Anomalieen in der ganzen Besitzeslehre ist, wenn bei jenen Personen von dem Erforderniß des Willens abgesehen wird. Man wende nicht ein, daß der Stellvertreter sie im Willen vertrete, denn einmal trifft dies für den Fall, daß der Besitzer wahnsinnig wird, nicht zu, wenigstens so lange eine cura furiosi noch nicht bestellt ist[159a]), und sodann muß ja auch bei dem Besitzerwerb durch Stellvertreter der Vertretene selber den Besitzwillen haben.

Vom Standpunkte meiner Ansicht aus brauche ich das Phänomen nicht erst zu erklären. Sollten jene Personen nicht nahezu für eigenthumsunfähig erklärt werden, so durfte ihnen die Besitzfähigkeit nicht aberkannt werden; die Theorie hatte sich hier dem praktischen Bedürfniß zu fügen. Ihnen jene Fähigkeit absprechen, hieße, sie im Fall einer gewaltsamen Dejection an Stelle des interdictum unde vi auf die reivind. verweisen, ja ihnen die Möglichkeit des Eigenthumserwerbs durch Tradition abschneiden, kurz, ihre rechtliche Stellung, anstatt, wie es sonst doch das Recht sich zur Aufgabe gesetzt hat, zu erleichtern, in bedenklichster Weise erschweren.

Das Gesagte gilt ebenso

2. von den juristischen Personen. Auch ihnen

159a) Daß der Besitz hier fortdauert, ist hinsichtlich der einen Wirkung desselben, der Usucapion, in der l. 4 §. 3 und l. 44 §. 6 de usuc. (41. 3) ausdrücklich anerkannt. Der bei der letztern Stelle geltend gemachte Gesichtspunkt: ne languor animi damnum etiam in bonis afferat ist derselbe, den ich sofort im Text benutzen werde, und er schlägt für den Besitzesschutz vielleicht noch in höherm Grade durch als für die Usucapion. Savigny (S. 354) sucht diese Fortdauer aus dem von ihm für den Verlust des Besitzes aufgestellten Gesetz rationell zu rechtfertigen (worauf ich unten zurückkommen werde); der römische Jurist erblickt darin eine Anomalie, die „utilitate suadente“ d. h. aus der angegebenen Erwägung zugelassen worden sei.

fehlte der natürliche Besitzwille, aber das theoretische Bedenken, das einige römische Juristen diesem Umstande entnehmen wollten, um die Möglichkeit eines Besitzes bei ihnen in Abrede zu stellen, ward von der Praxis im richtigen Takt nicht weiter beachtet[160])! Wozu dies, wenn es sich lediglich darum handelte, Besitzdelicte gegen sie zu ermöglichen? Aber es galt einen ernstlicheren Zweck, es handelte sich für sie um die Möglichkeit der Usucapion und die durch den Besitz gewährte Beweiserleichterung bei ihren Eigenthumsstreitigkeiten.

3. Bei der hered. jacens ist zwar die Besitzmöglichkeit völlig ausgeschlossen, allein, es ist bereits früher (S. 71 fl.) ausgeführt, daß das praktische Bedürfniß, dem der Besitz unter Lebenden zu dienen bestimmt ist, bei diesem Verhältniß in anderer Weise, nämlich durch die hered. petitio, seine volle Befriedigung findet.

Eine wesentliche Unterstützung gewinnt die obige Ansicht

4. durch den Quasibesitz. Bis zu welcher Carricatur muß hier der Begriff des Besitzes als der physischen Herrschaft über die Sache verunstaltet werden, wenn man die Idee der realen Verwirklichung des Willens in ihm aufrecht erhalten will. Und wäre dies allenfalls noch denkbar bei denjenigen Verhältnissen, bei denen das römische Recht erwiesenermaßen einen Quasibesitz annimmt, geradezu unsinnig wird es bei denjenigen Verhältnissen des neuern Rechts, auf welche eine vom richtigen Instinkt geleitete Praxis von vielen Jahrhunderten den Begriff des Quasibesitzes ausgedehnt hat. Eben diese Thatsache gilt mir als einer der deutlichsten Fingerzeige, was der eigentlich treibende Gedanke des ganzen Besitzinstituts ist: die Idee einer Beweiserleichterung bei unmittelbaren Eingriffen in ein thatsächlich bestehendes Recht.

---

160) Vergl. l. 1 § 22, l. 2 de poss. (41. 2).

XI.

2. Die Frage vom Erwerb und Verlust des Besitzes. — Kritik der Savigny'schen Theorie.

Ist unser Gesichtspunkt, daß der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums sei, der richtige, so wird er sich vor allem an der Lehre von der Entstehung und Fortdauer des Besitzes zu bewähren haben und es läßt sich im voraus die Regel, welche dafür zu gelten hat, dahin angeben:

> Die Art, wie der Eigenthümer thatsächlich sein Eigenthum ausübt, ist der Maßstab für das Dasein des Besitzes.

Ich glaube den Nachweis führen zu können, daß diese Regel für das römische Recht vollkommen zutrifft, und daß sie allein uns von den Widersprüchen und Schwierigkeiten befreit, die mit der Savigny'schen Formulirung der Voraussetzungen für die Entstehung und den Untergang des Besitzes verbunden sind, und die man wohl nur aus dem Grunde so wenig beachtet hat, weil man keinen Ausweg fand ihnen zu entgehen. Keine Parthie der Savigny'schen Besitztheorie hat in dem Maße allgemeine Billigung und gläubige Hinnahme gefunden, wie gerade diese, und ich werde daher, bevor ich zur Darlegung meiner eigenen Ansicht schreite, es mir angelegen sein lassen, das so eben über sie gefällte Urtheil zu begründen und zu zeigen, daß sie sich sowohl mit den Entscheidungen der römischen Juristen als mit sich selber in unlösliche Widersprüche verwickelt. Der Grundirrthum Savigny's besteht in meinen Augen darin, daß er den Besitzbegriff mit dem der factischen Herrschaft über die Sache indentificirt, ohne zu bemerken, daß dem letzteren Gesichtspunkt nur eine relative Wahrheit zukommt. Dadurch versetzt er sich in die Lage, den-

selben in einer Weise zu spannen, daß derselbe alle und jede Wahrheit verliert und in eine Carricatur seiner selber ausartet.

Untersuchen wir zuerst, ob dieser Gesichtspunkt bei der Lehre vom Erwerb des Besitzes, sodann, ob er bei der Lehre vom Untergange des Besitzes die Probe aushält.

Den Begriff der Apprehension bestimmt Savigny (S. 210, 211, 236) dahin, daß dieselbe die „physische Möglichkeit gewähren müsse, unmittelbar auf die Sache zu wirken und jede fremde Wirkung auf sie auszuschließen". Als wesentliches Erforderniß für diese Möglichkeit verlangt er sowohl bei unbeweglichen (S. 212) als beweglichen Sachen (S. 216) die unmittelbare Gegenwart bei der Sache; körperliche Gegenwart ist das, was die willkührliche Behandlung der Sache möglich macht (S. 214); die Möglichkeit auf die Sache nach Willkür zu wirken, muß von dem, welcher den Besitz erwerben will, „als unmittelbare gegenwärtige Möglichkeit gedacht werden können" (S. 238). Eben darum setzt Savigny in verschiedenen Stellen, welche das Erforderniß der Gegenwart nicht erwähnen (S. 220, 225), dasselbe als selbstverständlich voraus; die Sklaven, deren Besitz und Eigenthum nach der l. 1 Cod. de donat. (8. 54) durch Uebergabe der Eigenthumspapiere übertragen wird, sind bei dem Akt gegenwärtig gewesen, ebenso ist es der Käufer in der l. 1 §. 21 de poss. (41. 2) und l. 9 §. 6 de A. R. D. (41. 1) bei dem Waarenspeicher, zu dem ihm die Schlüssel tradirt sind.

Fragen wir nun, ob es Savigny, wie er meint (S. 236), gelungen ist, seinen Apprehensionsbegriff durch Interpretation zu beweisen, so muß ich dies entschieden in Abrede stellen. Mit dem Erforderniß der persönlichen Gegenwart des Apprehendenten bei der Sache steht die Möglichkeit des Besitzerwerbs durch custodia (S. 226 fl.) in unvereinbarem Wider-

spruch, und es ist schwer zu begreifen, wie Savigny über diesen Widerspruch mit der Bemerkung hinwegzukommen glaubt (S. 227): daß „Jeder über sein Haus sicherere Herrschaft habe, als über alles andere Vermögen und durch jene Herrschaft zugleich die custodia aller der Sachen, die im Hause enthalten seien." Denn diese Herrschaft allein ist ja nach Savigny nicht genügend, es soll vielmehr der Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung auf die Sache bedürfen, und diese erblickt Savigny ja nur da, wo der Apprehendent bei der Sache gegenwärtig ist. Reicht die „sichere Herrschaft" aus, so frage ich: ist sie weniger vorhanden, wenn der Verkäufer des Waarenspeichers mir die Schlüssel in meine Wohnung bringt, als wenn der Tradent in meiner Abwesenheit ohne daß einer von meinen Leuten ihn und die Sache wahrgenommen hat (quamquam id nemo dum attigerit l. 18 §. 2 de poss.) das Packet auf den unverschlossenen Vorplatz niederlegt, die Kuh in den unverschlossenen Stall bringt, das Fuder Holz auf meinem Hofraum, das Fuder Mist in meinem Garten abladet? Ich sollte doch meinen, sie ist es dort in ungleich höherem Maße als hier. Die eiserne Thür zum Gewölbe öffnet mir so leicht Niemand, während der Zugang zu meinem unverschlossenen Vorplatz, Hofraum, Garten, Stall Jedem, der Lust hat, offen steht, und wenn einmal Jemand sich die Gefahr einer Besitzentziehung in allen diesen Fällen vergegenwärtigen und darnach sein „Bewußtsein physischer Herrschaft" abmessen will, so wird er, wie ich glaube, im Besitz des Schlüssels zum Magazin sich unendlich viel sicherer fühlen, als in jenen Fällen der custodia.

Die l. 55 de A. R. D. (41. 1.) spricht mir Besitz und Eigenthum des Wildes zu, das sich in meinen Schlingen oder Fallen gefangen hat, ohne Werth darauf zu legen, wo dieselben aufgestellt gewesen sind, ob auf meinem eignen Grund-

stück oder in einem öffentlichen Walde[162]). Daß der Jurist keine unmittelbare körperliche Aneignung des Wildes verlangt, also den Besitz in Abwesenheit des Jägers entstehen läßt, geht aus den von ihm gebrauchten Ausdrücken: aprum meum.. qui eo facto meus esse desisset, auf's klarste hervor. Hier liegt also ein unzweifelhafter Fall des Besitzerwerbs ohne Nähe bei der Sache vor — — die Möglichkeit der unmittelbaren physischen Einwirkung kann also unmöglich ein absolutes Erforderniß der Apprehension sein.

Aber selbst da, wo sie vorhanden ist und das Wissen und der Wille sich hinzugesellt, reicht sie noch keineswegs immer aus. Ich will abwarten, ob Jemand z. B. folgende zwei Entscheidungen mit der Savigny'schen Apprehensionstheorie in Einklang bringen kann. Nach der l. 5 §. 3 de A. R. D. (41. 1) kann jeder die Honigscheiben, welche ein fremder Bienenschwarm auf meinem Baum gemacht hat, „sine furto possidere" d. h. ich habe an ihnen ebensowenig den Besitz erworben, wie nach §. 2 ibid. an den Bienen selber. Rücksichtlich der letzteren ist das nun sehr begreiflich, aber die Honigscheiben auf dem Baum in meinem Garten, sollte ich sagen, wären mir um nichts minder sicher, als die Krammetsvögel, die sich in meinen im Walde aufgehängten Dohnen gefangen hätten. Die Möglichkeit der unmittelbaren Einwirkung, das Wissen und der Wille liegen vor, — warum denn kein Besitz?

Die zweite Entscheidung betrifft den Erwerb des Schatzes, worunter hier jede irgendwann und irgendwo verborgene

162) Savigny S. 223 Note geht dem Anlaß zu einer bestimmten Meinungsäußerung über diese Stelle aus dem Wege. Denn wenn er sagt: „die Entscheidung liege in den Worten: si in meam potestatem pervenit, meus factus est", so übersetzt er damit nur die Worte des Juristen „summam tamen hanc esse puto."

Sache zu verstehen ist (Savigny S. 229). Die Ansichten der römischen Juristen über die Erfordernisse des Besitzerwerbs in diesem Fall waren getheilt, einige ältere sprachen dem Besitzer des Grundes und Bodens, in dem der Schatz verborgen, sofort, wenn er Kunde davon erhalten, den Besitz zu, während die Mehrzahl, deren Ansicht von Justinian gebilligt ist, den Besitz erst dann annehmen wollte: „si ipsius rei supra terram possessionem adeptus fuissem," oder „si loco motus sit" [163]). Wenn nun in der l. 3 §. 3 de poss., welche die letztere Wendung enthält, als Grund hinzugefügt wird: „quia non sit sub custodia nostra", so liegt zwar auf der Hand, daß der Grundeigenthümer, so lange er den Schatz nicht ausgegraben hat, nicht unmittelbar auf ihn einwirken, über ihn disponiren kann, allein ist dies anders, frage ich, bei der in meiner Abwesenheit in meiner Wohnung niedergelegten Sache oder bei dem in meinen Schlingen hängenden Wilde? Soll die Sicherheit der physischen Herrschaft über die Sache entscheiden, so meine ich, wäre sie hier nicht minder vorhanden, als bei der häuslichen custodia. Savigny (S. 230) findet zwar bei dem Hause „eine ganz eigne custodia, die nur darin möglich ist", und läßt daher in einem Zusatz zur sechsten Ausgabe im Widerspruch mit den ganz allgemein gehaltenen Entscheidungen der römischen Juristen den Besitz an einem im Hause selber verborgenen Schatz sofort mit dem Wissen entstehen. Ohne mich schon an dieser Stelle darüber auszulassen, worauf die Entscheidung der römischen Juristen positiv beruht (s. unten XIII) darf ich doch die Frage nicht unterdrücken, warum nicht eine hohe, unübersteigliche Gartenmauer mir rücksichtlich eines im Garten verborgenen Schatzes dasselbe „Bewußtsein physischer Herrschaft" solle gewähren können, wie

163) l. 3 §. 3, l. 44 pr. de poss. (41. 2) l. 15 ad exh. (10. 4).

es das Niederlegen einer Sache in meiner Abwesenheit auf meinen unverschlossenen Hof oder Vorplatz vermag [164]).

Ueberblicken wir nun die bisher von mir angeführten Verhältnisse, so ist es Savigny'n meines Erachtens in keiner Weise gelungen, sie mit seinem Apprehensionsbegriff in Uebereinstimmung zu bringen, und wenn er gleichwohl sich diesem Glauben hingiebt, den unsere ganze neuere romanistische Jurisprudenz mit ihm theilt, so verdankt er dies lediglich dem Umstande, daß er theils seinen eigenen Appresionsbegriff da, wo er ihm unbequem wird, verleugnet, theils einige der von mir angeführten Verhältnisse gar nicht weiter berücksichtigt. Ich kenne nur folgende Alternative. Entweder hat Savigny Recht, wenn er den Apprehensionsbegriff auf die „physische Möglichkeit, auf die Sache unmittelbar einzuwirken," stellt — dann begreife ich, warum die Schlüssel zum Magazin nicht den Besitz des Magazins, der Besitz des Grundstückes nicht den des Schatzes geben, dann verstehe ich aber nicht:

1) wie Savigny mir den Besitz des in meinem Hause eingemauerten Schatzes zugestehen kann, denn die unmittelbare Einwirkung auf ihn ist nicht eher möglich, bis ich das Mauerwerk entfernt habe;
2) wie in meiner Abwesenheit, etwa gar während ich viele Meilen entfernt bin, durch Niederlegen in meiner Wohnung,

---

164) Bei Gelegenheit des Verlustes des Besitzes (S. 340, 341) stellt Savigny mit Rücksicht auf das „custodiae causa" der l. 44 pr. de poss. in Bezug auf die Fortdauer des Besitzes das Aufbewahren im Hause und das Vergraben im Felde sich gleich „denn die besondere Anstalt, die zu ihrer Aufbewahrung getroffen ist (custodia), sichert ihm das Finden für die Zukunft." Und in der Note fügt er hinzu: „das nämlich ist die allgemeine Bedeutung von custodia, und die Verschiedenheit bei dem Erwerb und Verlust ist nur graduell." So kommt schließlich doch auch für den Garten eine custodia heraus!

3) oder durch die Schlingen und Fallen im Walde an dem Wilde für mich Besitz entstehen kann; noch auch
4) warum ich den Besitz an den Honigscheiben in meinem Baum **nicht** erwerbe.

Oder aber die Möglichkeit der unmittelbaren d. h. sofortigen persönlichen Einwirkung ist **nicht** erforderlich, es genügt die auf irgend eine Art erlangte sichere Herrschaft über die Sache. Dann begreife ich die Fälle 1, 2 und 3, nicht aber, warum ich nicht auch an dem in meinem Grundstück liegenden Schatz den Besitz haben soll, und warum die Tradition der Schlüssel mir nicht den Besitz des Waarenspeichers oder Hauses gewähren. Der Fall 4 bleibe mir hier wie dort ein Räthsel.

So läuft also die **Savigny**'sche Apprehensionstheorie auf handgreifliche Widersprüche hinaus, bald ist die Anwesenheit erforderlich, bald nicht, bald ist die Sicherheit der factischen Herrschaft genügend, bald nicht — die **Savigny**'sche Deduction accommodirt sich ganz den concreten Entscheidungen, die es zu erklären gilt, sie vergißt bei der zweiten, was sie bei der ersten gesagt hat. So wird es denn möglich, **Savigny** mit sich selber zu widerlegen. Ich will z. B. annehmen, es käme mir darauf an nachzuweisen, daß nach **Savigny** die Tradition der Schlüssel den Besitz des Waarenspeichers gewähren müsse, so nehme ich seinen Ausspruch über die custodia (S. 227), der zufolge die Sicherheit der Herrschaft es ist, welche mir den Besitz gewährt. Oder ich will umgekehrt beweisen, daß die custodia keinen Besitz gewähren dürfe, so nehme ich seinen Ausspruch über den Schatz (S. 237), wonach der Grundeigenthümer darum nicht den Besitz an ihm haben soll, „weil es auch hier leicht möglich sei, daß nicht er selber, sondern ein Anderer ihn finde, dann aber der Schatz in keinem Augenblick wirklich in der Gewalt des Eigenthümers war.“ Die Gefahr, daß mir ein Anderer in Bezug

auf die physische Aneignung zuvorkomme, in beiden Fällen unbefangen neben einander gehalten, wo ist sie im höhern Grade vorhanden, bei dem in der Erde verborgenen, Niemandem sichtbaren Schatz, oder bei dem auf meinem Vorplatz liegenden Bücherpackete? In der That scheint Savigny selber an die Ernstlichkeit jener Gefahr wenig Glauben zu haben, denn bei Gelegenheit der Lehre vom Verlust des Besitzes (S. 341) erscheint das Vergraben des Schatzes als „custodia d. h. als die besondere Anstalt, die ihrer Aufbewahrung getroffen ist, und welche ihm das Finden für die Zukunft sichert" (Note 164).

Wenden wir uns jetzt dem Verlust des Besitzes zu, so ist die Formel, welche Savigny dafür aufstellt, in meinen Augen eben so wenig zutreffend, wie die obige für den Erwerb des Besitzes. Der Besitz soll so lange fortbestehen, als die Möglichkeit der beliebigen Reproduction des ursprünglichen Zustandes fortdauert; der Besitzverlust tritt also ein, wenn an die Stelle der Möglichkeit die Unmöglichkeit der beliebigen Reproduction des ursprünglichen Zustandes getreten ist (S. 339).

Sehen wir uns diesen Begriff einmal etwas genauer an! Daß unsere Theorie denselben unbesehen oder unbeanstandet angenommen hat, kann ich mir nur daraus erklären, daß sie sich außer Stand fühlte, etwas Besseres an die Stelle zu setzen, und eben darum sich sorgfältig gehütet hat, an ihm zu rütteln. Ich meinerseits kenne in der ganzen Jurisprudenz keinen andern, der sich so wie er jeder ernstlichen Anwendung widersetzt.

Also die Unmöglichkeit der beliebigen Reproduction des ursprünglichen Zustandes soll darüber entscheiden, ob der Besitz untergegangen ist. Die beliebige Reproduction — heißt das: es dürfen derselben gar keine Hindernisse im Wege stehen?

Das würde man nach dem Wort „beliebig" oder „nach Willkühr" (S. 339) erwarten, denn wenn ich erst Hindernisse überwinden, fremden Widerstand danieder werfen muß, so hängt das Resultat nicht allein von meinem Belieben, meiner Willkühr, sondern zugleich von dem Verhältniß der mir beschiedenen Kraft zu den entgegenstehenden Hindernissen ab. Savigny hat sich über diese Frage gar nicht geäußert, es bleibt uns also nichts übrig, als die Vorstellung, die er mit seinem Begriff verbindet, den einzelnen Fällen zu entnehmen, in denen er ihn zur Anwendung bringt. Es ist mir die Sache gestohlen oder geraubt; habe ich den Besitz verloren? Ja, „hier ist die Ausschließung unserer eigenen Herrschaft über diese Sache sehr entschieden" (S. 340). Dasselbe müßte consequenterweise auch von dem Fall gelten, „wenn unser Grundstück in unsrer Abwesenheit von Jemanden occupirt worden ist, der unsere Rückkehr gewaltsam zu verhindern im Stande ist, denn von diesem Augenblick an ist uns die physische Möglichkeit auf die Sache zu wirken eben sowohl entzogen, wie in jenem Fall, aber hier ist jene Regel durch eine merkwürdige Ausnahme beschränkt worden" (S. 348).

Wir wollen nicht fragen, ob nicht alle diese Fälle möglicherweise so geartet sein können, daß der Besitzer mit leichter Mühe sich die Sache wieder verschaffen kann, — eine Möglichkeit, auf die doch Celsus in l. 18 §. 3 h. t.:

> non desisse illico possidere existimandus sum, facile expulsurus finibus simulatque sciero,

ein entscheidendes Gewicht legt, und der auch Savigny sich nicht ganz hat verschließen können, indem er sie bei der Occupation des Grundstücks durch die Voraussetzung ausschließt, daß der Andere „unsere Rückkehr gewaltsam zu verhindern im Stande sei." Es sei: jedes Hinderniß, das sich uns entgegenstellt, soll ausreichen, unsern Besitz aufzuheben, aber ich verlange

dann nur Consequenz. Die Brücke, welche zu unserm Grundstück führt, ist zerstört, bis zur Wiederherstellung derselben ist uns der Zugang zu letzterem völlig abgeschnitten, oder unser Grundstück ist überschwemmt; dauert der Besitz fort? Ja, antwortet Savigny; „es versteht sich von selbst, daß ein solches vorübergehendes Hinderniß den Besitz nicht entzieht.“ (S. 340 Note 3). Woher sich das von selbst versteht, bin ich außer Stand zu begreifen [165]). Denn soll das Moment des „Vorübergehenden“, das hier plötzlich hinterher noch als ein für die Begriffsbestimmung höchst wesentliches auftaucht, einen so entscheidenden Einfluß ausüben, so frage ich: hebt nicht ein vorübergehendes Hinderniß die Möglichkeit der willkührlichen Reproduction des ursprünglichen Zustandes wenigstens vorübergehend auf? Ist aber der Besitz auch nur vorübergehend unterbrochen, so ist es um seine Continuität geschehen, so ist der spätere Besitz nicht mehr der alte, sondern ein neuer. Dafür berufe ich mich auf Savigny selber. „Durch den bloßen animus ist der Besitz verloren, wenn der Besitzer in irgend einem Moment den Besitz aufgeben will, denn in diesem Moment ist die Reproduction des ursprünglichen Wollens durch die entgegengesetzte Bestimmung des Willens schlechthin unmöglich. Demnach kann selbst dann, wenn nachher der vorige Besitzer von neuem zu besitzen sich entschließt, höchstens eine neue Apprehension dadurch veranlaßt werden, indem der vorige Besitz schon mit jenem Moment völlig zu existiren aufgehört hat“ (S. 355). Es kommt mir hier noch nicht darauf an, diese letztere Ansicht Savigny's einer Kritik zu unterwerfen, sie soll hier bloß zur Illustration der obigen

---

165) Die damit in Widerspruch stehende l. 30 § 3 de poss. (41. 2) item quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus und l. 3 §. 17 ibid. ist von Savigny gar nicht berücksichtigt.

Entscheidung dienen. Ich frage nämlich: ist das Hinderniß, das der Besitzer sich durch seine bloße Willensänderung geschaffen, in höherm Grade ein dauerndes, als wenn ein Naturereigniß ihm die Brücke zu seinem Grundstück fortgerissen hat? Mit der abermaligen Willensänderung ist es beseitigt, während es mit Wiederherstellung der Brücke noch gute Weile haben kann, ja, wer weiß nur einmal, ob der Besitzer oder wem sie sonst gehört, sie je wieder herstellen lassen wird? Aber es sei: ein vorübergehendes Hinderniß soll den Besitz nicht aufheben; wonach bestimmt sich die Frage, ob es ein vorübergehendes ist, nach dem jetzigen Moment oder nach dem Erfolg? Wenn nach ersterem, so frage ich wiederum: ist es leichter für mich, eine Brücke wieder herzustellen, als die hölzernen Dielen, Bretter, welche mein Nachbar diebischer Weise auf seinen Hof, die Tauben, welche er in seinen Taubenschlag geschafft, wiederzuholen? Und der eigenmächtigen Wegnahme wird es vielleicht gar nicht einmal bedürfen, der Nachbar wird, nachdem ich die Sache erfahren, wahrscheinlich mit Vergnügen bereit sein, mir die Sachen herauszugeben, wenn er damit eine gerichtliche Anzeige meinerseits abwehren kann. Und selbst im entgegengesetzten Fall, darf ich mir nicht schon jetzt im Hinblick auf den Erfolg der gerichtlichen Anzeige sagen: das Hinderniß, welche mein Nachbar meinem Besitz entgegensetzt, ist vorübergehender Art? Oder der Erfolg entscheidet. Nun, dann muß er es doch in dem einen Fall so gut wie in dem andern. Bekomme ich die gestohlenen oder geraubten Sachen schon nach wenig Tagen zurück, so müßte ich unter dieser Voraussetzung den Besitz nie verloren haben, lasse ich die Brücke dauernd nicht schlagen, so müßte ich ihn umgekehrt rückwärts verloren haben.

„Ist der Ort, an dem sich unsere Sache befindet, uns gänzlich unzugänglich", so soll nach Savigny (S. 340) Verlust des Besitzes eintreten. Wenn er sich dafür

auf l. 13 pr. de poss. (41. 2) beruft, worin der Jurist über die „**lapides in Tiberim demersi naufragio et post tempus extracti**“ seine Meinung dahin äußert: „**dominium me retinere puto, possessionem non puto**“, so wird bei Begründung meiner eignen Ansicht (XIV) Gelegenheit sein, die von Savigny völlig ignorirte Bedeutung des Zusatzes **post tempus** ins rechte Licht zu setzen. Aber davon abgesehen: war denn das Flußbett der Tiber „gänzlich unzugänglich?“ Der beste Gegenbeweis liegt ja darin, daß die Steine „**post tempus**“ herausgeschafft wurden. Aber dies bedurfte erst künstlicher Vorbereitungen! Bedarf es derselben etwa nicht bei der Brücke, die in die Tiefe gefallen?

Wenn Jemand seine Sache in seinem eignen Hause so verlegt hat, daß er sie nicht finden kann, so dauert bekanntlich der Besitz fort. Wenn Savigny diesen Satz so zu rechtfertigen sucht: „daß die besondere Anstalt, die zu ihrer Aufbewahrung getroffen ist, ihm das Finden derselben für die Zukunft sichert“ (S. 341), so frage ich wiederum: was verschlägt für die Möglichkeit der sofortigen Reproduction des ursprünglichen Zustandes die Sicherheit des Findens in der Zukunft?

Auch an entfernten Grundstücken, an Sommer- und Winterweiden, die nur periodisch benutzt werden, und die möglicherweise viele Tagereisen weit vom Wohnort des Besitzers entfernt liegen, dauert der Besitz ohne Anwesenheit der Person fort. Savigny selber räumt ein, daß hier „die physische Möglichkeit willkührlicher Behandlung zwar in eine entferntere Möglichkeit verwandelt, aber nicht überhaupt aufgehoben werde“ (S. 348). Aber wenn diese „entferntere“ Möglichkeit, der sich viele Tagereisen entgegenstellen, genügt, warum soll sie es nicht bei dem Hausthiere, das sich verirrt hat (S. 342), bei der Brieftasche, die ich im Walde

an einer „unbekannten" (S. 340) Stelle verloren habe? Mit leichterer Mühe, als ich die Reise zu jenen entfernten Grundstücken mache, kann ich Leute aussenden, die mir das Hausthier oder die Brieftasche wiederbringen.

Wenn der Besitzer wahnsinnig wird, so hört darum sein Besitz nicht auf[166]; wir haben oben (S. 73) den praktischen Grund angegeben, der dies nothwendig machte. Man sollte glauben, daß Savigny diesen Satz als einen singulären, mit seiner Formel unverträglichen bezeichnen würde, denn wie kann man beim Wahnsinnigen von der beliebigen Möglichkeit der Reproduction des ursprünglichen Besitzwillens reden? Allein die Formel bewährt auch hier eine anerkennenswerthe Nachgiebigkeit. „Da in diesem Fall die Unmöglichkeit, einen bestimmten Besitz zu wollen, lediglich subjectiv und zufällig ist, so ist im Verhältniß zu jeder besessenen Sache gar kein wesentlicher Unterschied, ob dieser Besitz bloß auf längere Zeit vergessen, oder ob der Besitzer selbst wahnsinnig geworden ist." Wir erhalten hier zum zweiten Male ein für die negative Bestimmung des Begriffs der Unmöglichkeit wichtiges Moment nachgeliefert; so wenig wie eine „vorübergehende", so wenig soll eine „subjective und zufällige" Unmöglichkeit in Betracht kommen. Aber kann denn die Unmöglichkeit, welche in dem animus ihren Grund hat, anders als subjectiver Art sein? Ist denn der Entschluß nicht mehr zu besitzen, etwa nicht subjectiv?! Und sodann das Moment des Zufälligen! Ist es weniger zufällig, wenn Jemand stirbt, als wenn er wahnsinnig wird? Dort hört der Besitz auf, hier dauert er fort, am Willen aber fehlt es hier wie dort. Und wo steht denn geschrieben, daß zufällige Ereignisse nicht die Macht haben, den Besitz aufzuheben? Ist es nicht auch ein Zufall, wenn

---

166) l. 27 h. t. l. 4 §. 3, l. 31 §. 4 de usurp. (41. 3).

ich eine Sache verliere, oder wenn mir der Vogel aus dem offenen Käfig davon fliegt? Wenn Savigny von dem Fall, daß der Besitzer seinen Besitz vergessen, auf den, daß er wahnsinnig geworden, einen Schluß glaubt ziehen zu dürfen, so könnte man mit demselben Recht daraus, daß der Besitz nicht untergeht, wenn die Sache längere Zeit nicht in die Hände des Besitzers kommt, dasselbe für den Fall folgern, wenn sie ihm gänzlich abhanden gekommen ist.

Doch genug der Beispiele, um zu zeigen, wie wenig Savigny im Stande gewesen ist, den von ihm selbst aufgestellten Gesichtspunkt durchzuführen. Ueberall Limitationen, Unbestimmtheiten, Widersprüche, ein beständiges dialektisches Sichdrehen und Winden, eine Dialektik des Augenblicks, welche stets beweist, was gerade Noth thut und im folgenden Moment vergessen hat, was sie eben vorher gesagt hat.

Daß Savigny die Verantwortlichkeit für seine Formel nicht den römischen Juristen zuschieben kann, dafür giebt es eine einfache Probe. Hat Savigny Recht, so gilt für den Besitz das Gesetz der vis inertiae, d. h. so dauert der Besitz bei der bloßen Möglichkeit der Reproduction des ursprünglichen Zustandes immer fort, wenn diese Möglichkeit auch nie zur Wirklichkeit wird. Die Sache, die ich im Walde habe liegen lassen, das abwesende Grundstück, das ich weder bebaue noch je besuche, bleibt fortdauernd in meinem Besitz, und wenn funfzig Jahre darüber hingehen. Man sollte meinen, daß ein solches, der natürlichen Gestalt des Besitzverhältnisses völlig Hohn sprechendes Resultat die Vertheidiger des obigen Gesichtspunktes hätte stutzig machen und sie zur Wahrnehmung der Stellen in Stand setzen müssen, die ausdrücklich das Gegentheil aussprechen (XIV). Aber im unerschütterlichen Glauben an die Wahrheit ihres Axioms sind sie nicht bloß an diesen Stellen mit verschlossenen Augen vorübergegangen, sondern sie haben

sogar den Fanatismus der Consequenz so weit getrieben, selbst den Quasibesitz mit diesem Gesetz der vis inertiae zu beglücken.

Es hat Jemand durch wiederholte Ausübung einer Weggerechtigkeit auf dem benachbarten Grundstück den Quasibesitz derselben erworben, dann übt er sie nicht weiter aus, 10, 20, 30 Jahre. Wie steht es mit dem Quasibesitz? Derselbe dauert ruhig fort. Denn der Möglichkeit der Reproduction des ursprünglichen Zustandes, d. h. der Wiederholung steht ja nichts im Wege. So lehrt uns Savigny, indem er uns (S. 481) für dies Verhältniß auf ganz denselben Grundsatz verweist, den er für den Sachenbesitz begründet zu haben glaubt, und den er auch für den Quasibesitz der persönlichen Servituten als maßgebend betrachtet. „Fortgesetzt wird dieser Besitz, wie jeder andere durch die ununterbrochene Möglichkeit, die ursprüngliche Herrschaft zu reproduciren: verloren also durch Aufhebung dieser Möglichkeit" (S. 474). Allerdings stellt sich ihm dabei ein Bedenken ein. Durch non usus von 10 Jahren geht die Servitut selber unter — was soll nun mit dem Quasibesitz geschehen, wenn sie in Folge davon erloschen ist? Hier, meint Savigny, „muß in der ganzen Zwischenzeit der Besitz verloren gewesen sein, obgleich jene Reproduction stets möglich gewesen sein kann."

Eine wunderliche Gestalt, die dadurch das Besitzverhältniß während dieser Zeit annimmt! Erinnert sich der Quasibesitzer noch am letzten Tage des zehnten Jahres der Servitute und übt sie aus, so hat er während der ganzen Jahre den Besitz gehabt, versäumt er es, so hat er ihn nicht gehabt. Der Besitz, dessen factische Natur von Savigny selber anderwärts so sehr betont wird, daß er z. B. bei dem durch den negot. gestor erworbenen Besitz letzteren erst vom Moment der Ratihabition an entstehen läßt, weil ein „Zurückrechnen,

welches nur bei eigentlich juristischen Handlungen stattfindet, beim Besitz natürlich nicht gilt" (S. 316) — der Besitz also muß sich hier doch dies Zurückrechnen gefallen lassen; „während des bloßen Richtgebrauchs ist er in suspenso und erst durch Erneuerung des Gebrauchs oder erst durch Ablauf des ganzen Zeitraums zeigt es sich, ob er in der ganzen Zwischenzeit dagewesen oder nicht dagewesen ist" (S. 475). Mit Recht bemerkt Puchta[167]), der im übrigen die Savigny'sche Auffassung theilt[168]), dagegen, daß dies eine willkührliche Annahme sei, die nur dann als gerechtfertigt erscheinen würde, wenn zwischen der Existenz des Rechts und dem Besitz ein so

167) In seinem Artikel über den Besitz in Weiske Rechtslexikon II. S. 72.

168) S. 71 daselbst: „der Quasibesitz wird also nicht schon durch die Richtausübung, sondern erst durch die Unmöglichkeit sich beliebig wieder in die factische Ausübung des Rechts zu versetzen, verloren." Der Verfasser des neusten ganz verdienstlichen Werks über den Besitz: Randa, der Besitz nach österr. Recht mit Berücksichtigung des gemeinen Rechts u. s. w. Leipzig 1867. S. 348 fl. hat sich hierin Puchta völlig angeschlossen und schrickt ebenfalls vor der im Text entwickelten Consequenz nicht zurück. Eine einzige Handlung genügt ihm während der dreißigjährigen Verjährungsfrist, damit der Besitz nicht verloren gehe, (S. 350) und selbst sie ist nicht nöthig, wenn während der Verjährungszeit keine Gelegenheit zur Ausübung vorhanden war (S. 352). — Auch Bruns (Besitz S. 475) bekennt sich ganz zu dieser Ansicht. Daß der Besitz in der Ausübung der Servitut bestehe, erklärt er für „eben so falsch, als wenn man den Sachenbesitz für die Ausübung des Eigenthums erklärt. Nur zum Erwerbe des Besitzes verlangen die positiven Rechte die Ausübung; ist der Besitz einmal durch Ausübung erworben, so dauert er so lange fort, als der Wille und die factische Möglichkeit, die Ausübung stets nach Belieben zu wiederholen, fortdauern." Daß die quasi oder juris possessio nur eine Abstraction der Juristen war, während das allein maßgebende prätorische Edict bei den quasipossessorischen Interdicten stets den Ausdruck usus es gebraucht hatte, wird von den Vertheidigern jener Ansicht dabei völlig übersehen.

wesentlicher Zusammenhang bestände, daß der letztere nicht ohne das erstere fortdauern könnte; es könne aber Jemand Besitzer bleiben, während das Recht untergegangen sei. Indem er nun darauf hin den Quasibesitz auch noch nach dem Untergang der Servitut durch non-usus fortdauern läßt, wirft er sich die Frage auf: welche Wirkungen denn dieser Besitz habe, und ertheilt darauf die Antwort: — — gar keine! Denn von den beiden Wirkungen des Besitzes: der Usucapion und den Interdicten setze jede bei dem Quasibesitzer die Ausübung voraus, jene eine fortwährende, diese eine Ausübung innerhalb eines gewissen Zeitraums vor Anstellung der Klage. „So bleibt also, fährt er fort, der Satz stehen, daß der Quasibesitz ohne wirkliche Ausübung zwar nicht entstehen, aber fortgesetzt werden kann; indessen ist dieser Satz ohne praktische Wirkung, weil die beiden Wirkungen des Besitzes hier nicht bloß seine Existenz in abstracto (!), sodann einen Zustand wirklicher Ausübung fordern." In der That: noch wohl nie hat sich eine ungesunde Ansicht in aller Naivität ein so vernichtendes Urtheil gesprochen. Ein Besitz, dem die beiden einzigen Wirkungen, welche ihm rechtliche Bedeutung geben, fehlen, und der doch „in abstracto" fortdauert! — das Lichtenberg'sche Messer ohne Klinge, dem der Stiel fehlt! Warum und wie lange dauert er fort, dieser Besitz ohne alle Wirkungen? Warum? Lediglich wegen einer theoretischen Formel! Wie lange? Wenn der Besitzer nicht stirbt, also bei einer juristischen Person, bis in alle Ewigkeit!

Ueberlassen wir denn diesen Besitz, der für die Erde keine Bedeutung hat, ruhig der Ewigkeit, wo das Verständniß dieses bloß „in abstracto" existirenden Besitzes vielleicht auch denen aufgehen wird, die hier auf Erden in ihm nichts anders erblicken, als die Ausgeburt einer die praktischen Zwecke und Interessen des Rechts ganz aus den Augen verlierenden, an

die Scholastik des Mittelalters erinnernden Dialektik. Aber lehrreich ist sie gleichwohl diese Puchta'sche Erfindung, ja in meinen Augen unschätzbar, denn sie zeigt jedem den Abgrund, dem er entgegengeht, wenn er sich durch die Vorstellung einer Bedeutung des Besitzes an sich leiten läßt — mit der aprioristisch bestimmten Idee des Besitzes fängt man an und mit dem Besitz in der Idee hört man auf!

Kehren wir jetzt zum Sachenbesitz zurück, so frage ich: ist die Fortdauer desselben ohne alle und jede Detention, z. B. an der Sache, die ich im Walde niedergelegt und später vergessen habe (Savigny, S. 354: „auf längere Zeit vergessen") um irgend etwas besser, als ein solcher Quasibesitz ohne Ausübung? Auch er dauert bloß fort, weil er nicht sterben kann als „abstracter Besitz", den Niemand sieht, der Niemanden zu gute kommt, von dem Niemand, auch der Besitzer selber nicht, eine Ahnung hat. Was ihm das Leben fristet, ist lediglich das Savigny'sche angebliche Gesetz der vis inertiae, daß ein Besitz so lange fortdauert, bis in dem bestehenden Zustande eine Veränderung eintritt, welche die Möglichkeit der beliebigen Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses in Unmöglichkeit verwandelt. Daß dem römischen Recht ein solches Gesetz völlig fremd ist, wird unten gezeigt werden.

XII.

3. Der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums.

Unter der Thatsächlichkeit des Eigenthums verstehe ich den normalen äußeren Zustand der Sache, in dem sie ihre ökonomische Bestimmung erfüllt, dem Menschen zu dienen. Dieser Zustand nimmt nach Verschiedenheit der Sache eine verschiedene äußere Gestalt an, bei manchen fällt er zusammen

mit der Detention oder physischen Innehabung der Sache, bei andern nicht. Gewisse Sachen pflegt man unter seiner persönlichen oder sachlichen Obhut zu halten, andere ohne Schutz und Aufsicht liegen zu lassen [169]). Der Landmann läßt seine Heuhaufen und Garben auf offenem Felde stehen, der Baumeister die Baumaterialien auf dem Bauplatz frei liegen, aber Niemand thut dies hinsichtlich seiner Werthsachen, Mobilien u. s. w., diese birgt Jeder in seinem Hause. Derselbe Zustand also, der für jene Sachen der normale ist, erscheint für diese als ein abnormer, als ein solcher, in dem die Thatsächlichkeit des Eigenthums sich bei ihnen nicht zu äußern pflegt, und die Folge davon für den Besitz kann nach unserer Theorie, wenn dieselbe sonst richtig sein soll, nur darin bestehen, daß derselbe dort fortdauern, hier untergehen muß. Wer eine Sache der ersten Kategorie in dieser Lage antrifft, muß sich sagen, daß sie sich mit dem Willen des Besitzers, wer eine der zweiten in ihr antrifft, daß sie sich ohne seinen Willen in derselben befindet, dort greift er, wenn er die Sache mit sich nimmt, um sie dem Besitzer zuzustellen, in ein fremdes, ihm sichtbar vor Augen liegendes Willensverhältniß eines Andern ein, hier nicht, im Gegentheil erweist er dem Besitzer einen Gefallen, wenn er die Sache aufnimmt und sie ihm zustellt. So wird also der juristische Charakter des Verhältnisses, in dem dieselbe zu ihrem Eigenthümer steht, in beiden Fällen sichtbar, sowohl der Besitz als der Nichtbesitz, und eben diese Sichtbarkeit ist für die Sicherheit desselben von alleräußerster Wichtigkeit. Denn die Sicherheit des Besitzes beruht keineswegs bloß auf dem physischen Moment,

---

169) Es ist also derselbe Gegensatz wie bei den servi custodiri soliti und non soliti der Römer; s. über letztere l. 18 pr. Commod. (13. 6). l. 23 de R. J. (50. 17).

d. h. auf den zu seinem Schutz getroffenen Sicherungsmaßregeln, sondern eben so sehr auf dem moralischen oder rechtlichen Moment, d. h. auf der durch den Rechtssinn oder das Gesetz begründeten Scheu vor der Verletzung fremder Rechte. Wenn ich an den im Walde aufgestellten fremden Dohnen vorbeigehe, ohne die darin hängenden Krammetsvögel in meine Tasche zu stecken, so ist der Grund, der mich abhält, nicht physischer, sondern rein moralischer Art: die Achtung vor dem fremden Eigenthum. Zwar der Dieb läßt sich dadurch nicht abhalten, allein gegen ihn gewähren selbst Mauern, Schlösser und Riegel keine ausreichende Sicherheit; es werden erfahrungsmäßig mehr Sachen gestohlen, die in der custodia, als die in keiner stehen!

Im Bisherigen habe ich den wesentlichen Kern meiner Ansicht kurz zusammengefaßt, im Folgenden werde ich dieselbe theils zu begründen, theils weiter auszuführen versuchen, und zwar soll dies mittelst Zerlegung derselben in einzelne Thesen geschehen — eine Form, die dem Leser die Prüfung meiner Ansicht wesentlich erleichtern wird.

1. Das römische Recht erkennt einen Besitz in manchen Fällen an, wo es an einer persönlichen Aufsicht über die Sache oder an sachlichen Anstalten zu ihrer Sicherung vollständig fehlt.

Diese Behauptung bedarf keines Beweises; Jedem, der die Besitztheorie kennt, werden die Beispiele des Besitzes an abwesenden Grundstücken und den saltus hiberni et aestivi gegenwärtig sein; von beweglichen Sachen nenne ich die abwesenden Sklaven und das in den Fallen des Jägers gefangene Wild (l. 55 de A. R. D. 41. 1). Wenn an letzterem der Besitz in Abwesenheit des Jägers sogar erworben wird (S. 139), so wird es keinem Zweifel unterliegen, daß an den ausgestellten Fallen und Schlingen der Besitz auch in seiner Abwesenheit fortdauert.

2. Diese Fortdauer ist mit dem Gesichtspunkt der physischen Herrschaft unverträglich.

Von einer physischen Herrschaft über die Sache kann verständigerweise nur die Rede sein, wenn man entweder sich bei derselben befindet, oder wenn man sie dergestalt in Verwahrung hat, daß nicht Jeder, der Lust hat, sie nehmen kann. Ueber mein abwesendes Grundstück habe ich eine factische Herrschaft, so lange ich mich auf oder bei demselben befinde; wenn ich mich entferne, hört sie auf, ich kann keinen abhalten, dasselbe zu betreten. Es ist ein arger Mißbrauch, den man mit der Sprache treibt, in einem solchen Fall von einer physischen Herrschaft zu sprechen. Worin äußert sich dieselbe denn? In gar Nichts! Es ist eine physische Herrschaft, der die Hasen, die von meinem Kohl fressen, und die Kinder, die in meinem Heu spielen, spotten! Es verhält sich mit ihr ganz so wie mit dem Puchta'schen Quasibesitz „in abstracto“ — es ist eine physische Herrschaft ohne alle physische Realität — ein theoretisches Schattenspiel an der Wand!

3. Der Gesichtspunkt der willkührlichen Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses reicht nicht aus, die Annahme einer physischen Herrschaft in diesen Fällen zu rechtfertigen.

Erstens nämlich ist es nicht wahr, daß diese Möglichkeit überall da vorliegt, wo das römische Recht den Besitz fortdauern läßt — man denke nur einmal an die Alpe (saltus aestivi), welche der Besitzer zur Herbstzeit verläßt, und bei der ein Versuch jener Reproduction zur Winterszeit unter Umständen das Leben kosten könnte. Sodann aber, was relevirt die Möglichkeit der demnächstigen Wiederherstellung für die Frage, ob ich gegenwärtig die physische Macht über die Sache habe? Ich kann meinen Ofen, wenn er kalt geworden ist, jeder Zeit wieder heizen, aber darum werde ich ihn

doch, so lange er kalt ist, nicht warm nennen — die Möglichkeit ist keine Wirklichkeit!

4. Diese Möglichkeit, soweit sie existirt, beruht nicht auf dem physischen, sondern auf dem rechtlichen und moralischen Element des Besitzes.

Mit dem ersten Theil dieses Satzes berühre ich eine Vorstellung, die, wie ich glaube, obschon wissenschaftlich unausgesprochen oder vielleicht gerade darum, dem hier bekämpften Irrthum großen Vorschub geleistet hat. Sie hat einen gewissen Schein bei solchen Gegenständen, welche der Besitzer unter seiner persönlichen oder sachlichen Obhut (custodia) hat, aber selbst bei ihnen hat dieser Schein nur eine beschränkte Wahrheit. Denn nicht die Mauern, Schlösser und Riegel, Kisten und Taschen allein sind es, denen ich die Sicherheit meiner beweglichen Sachen verdanke, sondern zu diesen äußeren Hindernissen, die ich der fremden Begehrlichkeit entgegenstelle, gesellen sich noch die unsichtbaren Schranken hinzu, mit denen das Recht mein Eigenthum umgiebt: die Rechtsordnung, der im Volk verbreitete Rechtssinn, die Furcht des Diebes vor Entdeckung und Strafe. Die wenigen Artikel des Strafgesetzbuchs über Diebstahl, Raub, Selbsthülfe wiegen mehr als alle jene mechanischen Sicherungsmittel; man denke sich jene hinweg, und es würde sich sofort zeigen, wie wenig letztere zu bedeuten haben.

Ausschließlich auf jenen moralischen und rechtlichen Garantieen aber beruht die Sicherheit des Besitzes in den oben genannten und bei einer großen Zahl unten zu nennender Fälle. Wenn der Besitzer des Grundstücks nahezu sicher sein kann, daß kein Anderer seine Abwesenheit benutzen wird, um sich den Besitz anzueignen, welchem andern Umstande verdankt er es als der Wirksamkeit jener Garantieen? Sie, nicht sein physisches Verhältniß zur Sache, garantiren ihm die Sa-

vigny'sche Möglichkeit der willkührlichen Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses; ohne sie würde sein Vertrauen auf diese Möglichkeit um nichts begründeter sein, als seine Hoffnung, das große Loos zu gewinnen, d. h. sie würde eine rein abstracte *Möglichkeit* sein; der erste Beste würde ihr ein Ende machen. Es ist einer der folgenreichsten, verhängnißvollsten Irrthümer, die in der ganzen Besitzeslehre begangen sind, daß man die Sicherheit des Besitzes, und damit ihn selber auf den Gesichtspunkt der mechanischen Sicherung, der physischen Herrschaft gegründet hat; die Sicherheit des Besitzes beruht ganz wesentlich auf dem ihm ertheilten *Rechtsschutz*.

5. Ueber die Frage, an welches äußere Verhältniß zur Sache der Gesetzgeber diesen Schutz zu knüpfen hat, entscheiden die praktischen Motive des Verkehrslebens.

Nach der hier bekämpften Ansicht, der zufolge der Gesetzgeber sich bei dem Besitzinstitut lediglich durch die Idee leiten zu lassen hätte, daß die physische Macht des Menschen über die Sache rechtlichen Schutz verdiene, würde ihm sowohl wie der Jurisprudenz im Wesentlichsten nichts Anderes obliegen, als den Begriff der physischen Herrschaft und die Fälle, wo sie anzunehmen ist, möglichst genau zu bestimmen. Dem gegenüber würde es nur als eine Verkennung dieser Aufgabe von Seiten des römischen Rechts gelten können, wenn dasselbe in Fällen einen Besitz statuirt, wo es an dieser Voraussetzung völlig fehlt[170]).

Ist aber der Ausgangspunkt des Gesetzgebers der von

170) Außer den oben (These 1) genannten Fällen nenne ich den Besitzerwerb des Vaters an den Pekuliargegenständen eines Sohnes, von dessen Existenz er gar keine Kunde hat, l. 4 de poss. (41 2) .. quamvis ignoret in sua potestate filium. Amplius etiam si filius ab alio tanquam servus possideatur.

uns früher entwickelte: die Idee einer Vervollständigung des Eigenthumsschutzes, so entscheiden über die Frage, wo der Besitzesschutz zu gewähren, nicht sprachliche Untersuchungen über das Wort Besitz, sondern die Interessen des Eigenthumsinstituts, und die ganze Frage von dem Verhältniß des Besitzes und Besitzesschutzes dreht sich in der bereits oben (S. 123) bemerkten Weise dahin um: nicht da, wo im Sinne der Sprache ein Besitz vorliegt, ist der Besitzesschutz zu gewähren, sondern wo letzterer zu ertheilen, ist juristisch Besitz anzunehmen, einerlei ob der vulgäre Sprachgebrauch des Lebens damit übereinstimmt oder nicht.

Das Eigenthumsinteresse also bestimmt den Besitzesschutz und damit den Besitzbegriff; wo jener aus praktischen Gründen zu gewähren ist, ist der Zustand der Sache vom Juristen als Besitz zu bezeichnen, selbst wenn er (wie z. B. beim flüchtigen Sklaven) von dem Besitz im natürlichen Sinn des Worts nicht das Geringste an sich trägt.

6. Das Eigenthumsinteresse widersetzt sich der Beschränkung des Besitzbegriffs auf die physische Innehabung der Sache.

Die Ausübung des Eigenthums mittelst der realen Benutzung der Sache läßt sich bei einer Menge von Sachen nicht an das Erforderniß einer persönlichen oder anstaltlichen Sicherung knüpfen, ihre ökonomische Bestimmung oder ihre natürliche Beschaffenheit bringt für sie sehr häufig den Zustand völliger Schutz- und Aufsichtslosigkeit mit sich. Der Landmann kann, um Einwirkungen Dritter auf seine Grundstücke auszuschließen, seine Wiesen und Aecker nicht mit Mauern umgeben, er kann bei seinem Heu, seiner Frucht, die auf dem Felde trocknen, bei dem Vieh, das auf seiner Weide grasen soll, keinen Wachtposten anstellen. Der Sennhirte verläßt im

Herbst die Alpe, der Gastwirth die Alpenwirthschaft, der Innehaber der Sommerwohnung letztere, ohne daß sie Jemanden zur Bewachung des Hauses und des darin etwa zurückbleibenden Mobiliars zurücklassen [171]).

Wie viele Erwerbszweige machen es geradezu nothwendig, daß die Gegenstände, mit denen sie betrieben werden, offen und aufsichtslos im Freien liegen bleiben! Der Jäger läßt seine Fallen, Schlingen und Dohnen, der Forstmann das geschlagene Holz ohne Aufsicht im Walde zurück, der Fischer sein Netz im Fluß, der Steinbrecher die Steine im Steinbruch, der Bergmann die Braunkohlen, Steinkohlen u. s. w. an der Gewinnungsstelle, der Baumeister die Baumaterialien am Bauplatz, der Schiffer ladet Sand, Steine, Holz am Löschungsplatz aus, ohne daß Jemand zur Bewachung bestellt wird, und wie manches Schiff bleibt in der Winterszeit leer im Hafen, während die Mannschaft das Haus aufsucht, wie mancher Kahn liegt am Ufer, ohne anders befestigt zu sein, als so, daß ihn Jeder losmachen kann [171a]). In den meisten dieser Fälle würde das Erforderniß einer besondern custodia zum Zweck der Aufrechthaltung des Besitzes ohne Zweifel

---

171) Das „neue Beispiel aus heutiger Zeit", welches Baron in diesen Jahrb. VII S. 144 in den Sommerwohnungen als Gegenstück zu den saltus aestivi und hiberni entdeckt zu haben glaubt, findet sich schon bei Theophilus IV 15 §. 5 (προάστεια, suburbana).

171a) Wenn Baron in diesen Jahrbüchern VII. Nr. 2 den Versuch unternommen hat, die Fortdauer des Besitzes auf die custodia zu gründen, so reichen schon die obigen Fälle allein aus, um die Unhaltbarkeit seiner Ansicht nachzuweisen. Seine „objective" custodia, welche vom Grundstück selber an allen darauf befindlichen Gegenständen für den Besitzer ausgeübt werden soll, leistet nicht einmal den Dienst einer Vogelscheuche, denn letztere hält wenigstens mitunter die Sperlinge ab, jene custodia des Grundstücks keine Seele. S. dagegen Ad. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach österreichischem und gemeinem Recht, Wien 1867 S. 109 fl.

dahin führen, daß man es vorzöge, lieber gänzlich auf den Besitzesschutz zu verzichten, als sich ihn in einer Weise zu erkaufen, die im höchsten Grade lästig, kostspielig, ja für einige Fälle praktisch geradezu unausführbar sein würde. Der Gesetzgeber würde damit also den Besitzesschutz für diese Verhältnisse so gut wie versagen. Und wozu das? Lediglich der fixen Idee zu Liebe, daß der Besitz die körperliche Innehabung der Sache sei!

Aber diese Idee ist eben eine grundfalsche; der praktisch allein mögliche Besitzbegriff kann kein anderer sein, als:

7. Der Sachenbesitz ist die Thatsächlichkeit des Eigenthums.

Nur er allein vermag die vollständige Deckung zwischen Eigenthum und Besitz herzustellen, wie sie durch das Interesse des Verkehrs geboten ist. So erfaßt, bleibt der Besitz der ökonomischen Verwerthung des Eigenthums unausgesetzt zur Seite, und der Eigenthümer hat nicht zu fürchten, daß das Recht ihn im Stich läßt, wenn er die Sache in einer Weise benutzt, wie ihre Bestimmung es mit sich bringt.

8. Die äußere Form dieser Thatsächlichkeit bestimmt sich nach Verschiedenheit der Sachen verschieden.

Eine Besitztheorie, welche, wie die herrschende es thut, den Einfluß des Moments der Verschiedenheit der Sachen auf die äußere Gestalt des Besitzverhältnisses übersieht und für alle Sachen dieselbe Formel aufstellt, ist von vornherein verfehlt; sie führt zu völlig widersinnigen Resultaten. Behalte ich den Besitz an dem Mist oder Lehm, den ich auf mein Grundstück habe fahren und dort den Winter über habe liegen lassen, so muß ich dieser Theorie zufolge auch den Besitz an den Koffern, Kisten, Kästen behalten, mit denen ich dasselbe thue — die Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses, d. h. das Hinausgehen zum Grundstück ist in dem einen Fall nicht schwieriger

als in dem andern. Verliere ich aber den Besitz an den letztgenannten Sachen, weil ich sie nicht mehr unter meiner custodia habe, so muß jener Theorie zufolge dasselbe auch von dem Mist und Lehm gelten.

Das römische Recht hat den Einfluß, welchen die Verschiedenheit der ökonomischen Verwendung der Sachen ausübt, in vielen Fällen anerkannt, so für die **saltus aestivi et hiberni**[172]), die Sklaven[173]), die Thiere[174]) und ganz allgemein in Bezug auf den Gegensatz der beweglichen und unbeweglichen Sachen[175]). Der Gesichtspunkt, durch den es sich dabei hat leiten lassen, ist kein anderer, als der von uns aufgestellte. Die normale Form, in welcher der Eigenthümer sein Eigenthum ausübt, besteht bei den **saltus aestivi et hiberni** darin, daß er sie nur periodisch benutzt, periodisch aber verläßt, bei den Sklaven darin, daß er sie (insofern sie nicht zu einem Mißtrauen Anlaß geben) frei umher gehen läßt, ja sie sogar auf Reisen schickt und in der Ferne seine Geschäfte durch sie besorgen läßt[176]), bei den Hausthieren und den gezähmten wilden Thieren darin, daß er sie frei ein- und ausgehen läßt[177]). Bei der Mehrzahl der beweglichen Sachen dagegen besteht diese Form darin, daß der Eigenthümer dieselben in seinem Hause hat, und diese Kategorie von Sachen hat Celsus im Auge, wenn er in der **l. 3 §. 13 cit.** die Regel aufstellt: „**res mobiles excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri**".

---

172) l. 3 §. 11 de poss. (41. 2) .. quamvis certis temporibus eos relinquamus.

173) l. 3 §. 13 ibid. excepto homine l. 13 pr. ibid.

174) l. 3 §. 13—16 ibid.

175) l. 3 §. 13 cit. res mobiles.

176) l. 1 §. 14 h. t. quos in provincia habemus.

177) l. 4. l. 5 §. 5, 6 de A. R. D. (41. 1). l. 3 §. 13, 16 cit.

Daß diese Regel nicht für solche Sachen gilt, bei denen eine custodia in jenem Sinn nicht üblich ist, beweist das Beispiel des in der Schlinge gefangenen Wildes (l. 55 de A. R. D.). Entsteht an letzterem der Besitz sogar ohne custodia, um wie viel mehr dauert der Besitz an ihm und an der Schlinge selber fort. Und geht der Besitz an den in's Wasser gefallenen Sachen nicht sofort unter[178]), um wie viel weniger, wenn Baumaterialien auf dem nicht unter meiner unmittelbaren Aufsicht stehenden Bauplatz lagern. So ist es mir denn nicht im Mindesten zweifelhaft, daß in allen oben (S. 160) aufgeführten Fällen trotz der Aufsichtslosigkeit der Sache die Fortdauer des Besitzes anzunehmen ist.

Dem entsprechend dürfen wir sagen:

9. Das Dasein des Besitzes ist eine einfache Erfahrungsthatsache, eine Frage des täglichen Lebens.

Die Frage, ob ein Besitz anzunehmen, beantwortet sich einfach darnach, wie es die Eigenthümer mit der betreffenden Art von Sachen zu halten pflegen. Nach meiner Theorie kann jeder Bürger und Bauer diese Frage beantworten, nach der Savigny'schen kann es selbst der Jurist nicht, denn der Gesichtspunkt, dessen er sich zu dem Zweck bedienen soll, der der Möglichkeit und Unmöglichkeit der beliebigen Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses ist, wie oben (S. 144 fl.) nachgewiesen, ein so unbestimmter und dehnbarer, daß der Urheber selber nicht im Stande gewesen ist, ihn mit Sicherheit durchzuführen — man kann mit ihm beweisen, was man Lust hat!

An diese Gestaltung des Besitzes knüpft sich folgeweise

10. Der große Vorzug der Erkennbarkeit eines bestehenden Besitzverhältnisses für dritte Personen.

Die Sache kündigt durch den Zustand, in dem sie sich

178) l. 13 pr. h. t. ſ. XIV.

befindet, ihr Besitzverhältniß selber an. Ist diese Lage für sie eine normale, so muß Jeder, der sie darin findet, sich sagen, daß dies räumliche Verhältniß nicht bloß auf Zufall, sondern auf Absicht beruht, daß die Sache eben darin ihre ökonomische Bestimmung erfüllt, dem Eigenthümer dient. Ist diese Lage für sie eine abnorme, so sieht er daran, daß die Sache sich dem Dienst ihres Eigenthümers entzogen hat, daß das Eigenthumsverhältniß thatsächlich gestört ist. Das Holz auf dem Bauplatz meldet mir, daß ein Besitz an ihm besteht, das Holz, das mir durch den Strom zutreibt, daß derselbe untergegangen ist, die Fallen und Schlingen im Walde, daß sie mit dem Willen, die Uhr, die dabei liegt, daß sie ohne den Willen des Eigenthümers hier liegen. Nach der Savigny'schen Theorie wird der Dritte in den meisten Fällen gar nicht im Stande sein, sich diese Frage vom Dasein des Besitzes zu beantworten, denn was weiß er davon: ob der Eigenthümer in der Lage ist, das ursprüngliche Verhältniß zu reproduciren, ob er nahe oder entfernt, ob er verreist, geflohen, krank, gestorben ist. Und doch ist die Möglichkeit der Beantwortung dieser Frage von großer Wichtigkeit, denn:

11. Für die Sicherheit des Besitzes ist die Sichtbarkeit oder concrete Erkennbarkeit desselben von entscheidender Wichtigkeit.

Für das Verhalten des Diebes ist zwar jene Eigenschaft ohne allen Einfluß, für das Verhalten aller ehrlichen Leute aber von maßgebendem Einfluß. Letztere lassen in dem obigen Beispiel das Wild unberührt, aber die Uhr nehmen sie mit sich, um sie dem wahren Eigenthümer zurückzustellen. Eben darum bin ich berechtigt, Denjenigen, den ich mit dem Wilde ertappe, für einen Dieb zu halten, denn das Nehmen des Wildes verträgt nur die Auslegung einer beabsichtigten Aneignung desselben — dem Finder der Uhr gegenüber bin ich

nicht dazu berechtigt — denn seine Handlung erleidet eine doppelte Auslegung, und erst sein späteres Verhalten entscheidet darüber, welche von beiden die zutreffende war. Einen festen Anhaltspunkt für diese so wichtige Frage der diebischen Absicht gewinnt man, so weit ich sehe, nur mittelst meiner Theorie, die Savigny'sche läßt uns hier völlig im Stich.

Hiermit schließe ich die Betrachtung des äußerlichen Verhältnisses beim Besitz, des s. g. **corpus**. Es würde nunmehr übrig bleiben, auch die Congruenz des zweiten Elements des Besitzes, des **animus**, mit dem von mir aufgestellten Gesichtspunkt der Thatsächlichkeit des Eigenthums nachzuweisen. Wenn ich mich dieser Aufgabe an dieser Stelle völlig entziehe, so geschieht es zwar zunächst aus dem Grunde, weil ich mir, wie oben (S. 2) bemerkt, die Kritik des s. g. **animus domini** zum Gegenstande meines dritten Beitrages ausersehen habe; allein auch ganz abgesehen davon würde ich mich des näheren Nachweises hier entschlagen, da die Richtigkeit meines Gesichtspunktes nach dieser Seite hin in einer Weise offen und klar zu Tage tritt, daß selbst Savigny durch seine Formulirung des Besitzwillens als des **animus domini** für die Wahrheit desselben Zeugniß abgelegt hat — ein Zeugniß, das um so mehr in's Gewicht fällt, als jene Formulirung zu seinem Besitzbegriff meines Erachtens sehr wenig paßt. Denn ist der Besitz die physische Herrschaft über die Sache, wie kann der Besitzwille statt lediglich aus d i e s e m Begriff, zugleich aus dem Eigenthumsbegriff seine Bestimmung erhalten? Aber die Inconsequenz, die S a v i g n y damit gegen sich selbst begeht, beweist nur, wie wenig die innere Logik des Verhältnisses ihm an diesem Punkt ein Verkennen und Ausweichen verstattete.

So wird es mir auch ohne nähere Begründung vorläufig verstattet sein, meinen bisherigen Thesen die folgende anzureihen:

12. Der Gegensatz zwischen animus possidendi und alieno nomine detinendi findet nur in dem Gesichtspunkt der Thatsächlichkeit des Eigenthums eine befriedigende Erklärung.

Fasse ich das Resultat der bisherigen Ausführung zusammen, so hat sich der von mir aufgestellte Besitzbegriff nach allen Seiten hin vollständig bewährt: nach Seiten seiner legislativen Berechtigung und Nothwendigkeit, nach Seiten seiner einfachen praktischen Anwendbarkeit, nach Seiten seiner Uebereinstimmung mit dem römischen Recht. Alles, was letzteres über diese Materie enthält: die possessorischen Klagen, die Erfordernisse der Eigenthumsfähigkeit der Person und Sache, der Parallelismus zwischen Eigenthum und Besitz, die Bestimmung des corpus und des animus — Alles zusammen gravitirt um das Eigenthum als seinen unsichtbaren Mittelpunkt. Und indem wir uns dieser Thatsache bewußt werden und den Sachenbesitz dem entsprechend als die Thatsächlichkeit des Eigenthums erfassen, gewinnen wir damit die innerliche Verbindung zwischen dem Sachen- und dem Rechtsbesitz, nämlich den höheren Begriff des Besitzes, dem beide als Unterarten sich unterordnen, nämlich den Begriff:

13. Der Besitz ist die Thatsächlichkeit des Rechts.

Muß doch auch die Theorie der physischen Herrschaft den Begriff der Ausübung des Eigenthums zu Hülfe nehmen, um vom Sachenbesitz zum Rechtsbesitz zu gelangen (Savigny S. 192). Aber anstatt sich die so nahe liegende Frage vorzulegen, ob denn die Begriffe der physischen Herrschaft über die Sache und der Ausübung des Eigenthums sich decken, und anstatt Rechenschaft darüber zu geben, warum beim Sachenbesitz die Ausübung des Rechts an die physische Herrschaft gebunden ist, während sie es bei dem Quasibesitz unzweifelhaft

nicht ist, geht sie eiligen Fußes an jenem so inhaltsreichen Gesichtspunkt vorüber — er wird nur in Scene gesetzt, um sofort, nachdem er seinen Dienst gethan, wieder zu verschwinden. Ja, das Vorurtheil, daß das Wesen des Besitzes in der physischen Herrschaft gelegen sei, geht so weit, daß Savigny (S. 193) dem Quasibesitz sogar sein Anrecht auf den Namen Besitz bestreitet und in diesem Mitgebrauch des Namens — diesem treffendsten Zeugniß für die von der juristischen Abstraction documentirte Erkenntniß ihrer inneren Gleichartigkeit — nur eine durch die Armuth der Sprache herbeigeführte dira necessitas erblicken will — — als würde es den Römern Schwierigkeiten gemacht haben, den Ausdruck, dessen sich die quasipossessorischen Interdicte zur Bezeichnung des Verhältnisses bedienen („usus es"), mittelst irgend eines Zusatzes z. B. als „usus juris" auch für den Quasibesitz zu verwenden!

Die Bezeichnung der Thatsächlichkeit des Servitutverhältnisses mit dem Ausdruck der juris possessio von Seiten der römischen Jurisprudenz ist in meinen Augen der beste Beweis, daß das, was sie sich unter possessio beim Eigenthume dachten, der Ausdehnung auf jenes Verhältniß nicht widerstrebte, d. h. daß es nicht die physische Macht über die Sache war, sondern die Thatsächlichkeit des Eigenthums.

Es soll im Folgenden unsere Aufgabe sein, den gewonnenen Gesichtspunkt an der Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes im Einzelnen seine Probe bestehen zu lassen. Vorher sei es mir vergönnt, einen allgemeinen Ausspruch unserer Quellen mitzutheilen, der mir, wie als Abschluß der ganzen bisherigen Untersuchung, so als Motto der folgenden dienen soll. Ich lege solchen allgemeinen Aussprüchen eine höchst geringe Beweiskraft bei, aber für den Zweck, für den ich den folgenden hier gebrauchen will, nämlich als bloße quellenmäßige Formulirung meiner ganzen Besitztheorie,

darf er sich immerhin sehen lassen. Es ist der Ausspruch der l. 2 Cod. de poss. (3. 32) .. cum ipse proponas te diu **in possessione fuisse omniaque ut dominum gessisse.** Ich wüßte nicht, wie ich selber meinen Gesichtspunkt der Thatsächlichkeit des Eigenthums besser lateinisch wiedergeben sollte, als mittelst dieser Worte:

Omnia ut dominum gessisse.

XIII.

4. Anwendung auf den Erwerb des Besitzes.

Für den Besitz hat die Entstehungsfrage eine ungleich geringere Bedeutung als für das Eigenthum; bei letzteren nämlich fällt sie mit der Daseinsfrage völlig zusammen — wer sein Eigenthum beweisen will, kann es nur, indem er einen Entstehungsgrund nachweist — beim Besitz nicht, denn wo es bloß auf das Bestehen eines factischen Zustandes ankommt, der als solcher sich beweisen läßt, wie z. B. das Leben oder das Haben einer Sache, würde es zwecklos sein, auf die Entstehung desselben zurückzugehen. Wenn dennoch auch beim Besitz die Frage von seiner Entstehung aufgeworfen wird, so liegt der Grund davon theils in dem Interesse, das sich an den Anfangsmoment des Besitzes knüpft (Usucapion), theils in der Beweiserleichterung, die das Zurückgehen auf die Entstehung des Besitzes für den Beweis seines Daseins unter Umständen gewähren kann. Auch für unsere heutige Praxis gilt derselbe Grundsatz, den Paulus Sent. Rec. V. 11 §. 2 für die römische bezeugt: sufficit ad probationem (traditae possessionis), si rem corporaliter teneam. Um den Besitz an meinem Hause, meinem Vieh u. s. w. zu beweisen, habe ich nicht nöthig, den Besitzerwerb zu beweisen, der Augenschein documentirt mich als Besitzer. Ebenso rücksichtlich des

Ackers, den ich bisher bestellt habe. Aber wie, wenn es sich um den Besitz eines Grundstücks handelt, das ich im Winter gekauft und tradirt erhalten und bisher noch nicht bestellt habe? Wie soll hier der Besitz als Zustand bewiesen werden? Man sieht, hier bleibt nichts übrig, als auf den Akt des Besitzerwerbs zurückzugehen.

Nun haben wir oben (S. 164) gefunden, daß gerade die Sichtbarkeit des Besitzes auf die Sicherheit desselben von entscheidendem Einfluß ist, und auf diese Sichtbarkeit des Besitzes ist meines Erachtens die ganze Lehre vom Erwerb des Besitzes zurückzuführen: Der Eigenthümer der Sache soll sichtbar werden, „omnia ut dominum fecisse oportet."

Wie wird er sichtbar? Es ist verkehrt, wenn man den Besitzerwerb schlechthin auf den Apprehensionsakt des Besitzers stellt; dann läßt sich das Erforderniß der Gegenwart des Besitzers bei der Sache gar nicht umgehen, oder nur so, daß man, wie Savigny dies in der That thut (s. oben S. 138), sich selber nicht daran kehrt. Der Ziegelfabrikant hat in meinem Auftrage die bei ihm bestellten Steine auf meinen Bauplatz, der Verkäuser des Mistes letzteren auf meinen Acker, der Gärtner die Bäume in meinen Garten geschafft; muß ich mir die Sachen erst ansehen, um Besitz zu erwerben? Ebensowenig, wie das Faß Wein, das in meiner Abwesenheit auf meiner Hausdiele abgeladen, das Bücherpacket, das auf meinen Vorplatz niedergelegt ist [179]). Oder sollte das, was l. 18 §. 2 de poss. (41. 2) und l. 9 §. 3 de J. D. (23. 3) für die Ablieferung in der Wohnung bestimmen (in mea

179) Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition. Wien 1867. S. 92 fügt noch den zum Zweck der Aufnahme von Almosen an öffentlichen Orten aufgestellten Opferstock hinzu.

domo deponere — inferantur in **domum** ejus), nur von letzterer, nicht auch von dem Hofraum, Garten, Bauplatz u. s. w. gelten? Muß ich, um den Besitz zu erwerben an den Eiern, die meine Hühner und Tauben gelegt, oder an den Jungen, die sie ausgebrütet haben, mir dieselben erst ansehen?

In allen diesen Fällen wäre es eine zwecklose Formalität, wenn der Besitzer sich erst zur Sache hinaus verfügen sollte, um den Besitz zu erwerben, denn das bloße Sehen — und ein Ergreifen der Sache ist ja für den Besitzerwerb nicht nöthig — ändert an ihrer Lage nichts. Letztere reicht vollkommen aus, um ihn als den thatsächlichen Eigenthümer jedem Dritten zu signalisiren.

In allen diesen Fällen, zu denen sich der der Occupation des Wildes und der Fische mittelst der ausgestellten Fallen und ausgeworfenen Netze (S. 139) und der Besitz- und Eigenthumserwerb des Herrn der Heerde an den durch den Usufructuar summittirten Stücken[180]) hinzugesellt, entsteht also der Besitz in Abwesenheit und ohne Apprehension von Seiten des Besitzers, seinen auf Erwerb gerichteten Willen vorausgesetzt. Muß letzterer noch erst bewiesen werden? Gewiß nicht! Das thatsächliche Verhältniß schließt die Präsumtion des Besitzwillens in sich, „sufficit ad probationem, si rem **corporaliter** teneam", es ist die Sache des Gegners, den Mangel des Willens zu behaupten und zu beweisen. Nach meinen früheren Ausführungen werde ich die innere Beziehung, welche in den obigen Fällen zwischen der zu erwerbenden Sache und der Lage, durch welche der Erwerb vermittelt wird, obwaltet, nicht mehr genauer zu erörtern brauchen. An dem Mist, der in meiner Abwesenheit auf mein Grundstück gefahren wird, erwerbe ich sofort den Besitz, aber nicht an dem Ohm Wein,

---

180) l. 69 de usufr. (7. 1) substituta statim domini fiunt.

das ich unsinnig genug wäre, dort abladen zu lassen. Der Jäger wird Besitzer des Wildes, aber nicht des Taschentuchs, das in seine Fallen geräth, und daraus, daß ich an den leblosen Sachen, die auf den Vorplatz meiner Wohnung niedergelegt werden, den Besitz erwerbe, folgt nicht, daß dasselbe rücksichtlich des Kanarienvogels oder Affen geschieht, den der Ueberbringer, der Niemanden vorfindet, an den er ihn abliefern kann, dort seiner natürlichen Freiheit überläßt. Die Lage der Sache, welche mir den Besitz gewähren soll, muß eine solche sein, wie sie bei dieser Art von Sachen im Leben vorzukommen pflegt.

Wenden wir uns jetzt dem durch einen persönlichen Apprehensionsakt vermittelten Besitzerwerb zu, so würde der Gesichtspunkt der physischen Herrschaft, auf den Savigny ihn zurückführt, sich mit dem meinigen der Thatsächlichkeit des Eigenthums ganz wohl vertragen. Wie kann der Eigenthumswille deutlicher documentirt werden, die Thatsächlichkeit des Eigenthums sichtbarer hervortreten, als indem man die Sache in seine physische Gewalt bringt? Allein, jener Gesichtspunkt reicht in der That nicht aus, es giebt Fälle, wo er vorliegt, und gleichwohl der Besitzerwerb verneint, und andere, wo er fehlt, und letzterer dennoch angenommen wird. Der Erbe entnimmt aus den Papieren seines Erblassers, daß derselbe an einer bestimmten Stelle des von Erben bewohnten Hauses einen Schatz eingemauert hat, er verfügt sich zu dieser Stelle und constatirt die Uebereinstimmung des Platzes mit der vom Erblasser gegebenen Beschreibung. Hat er damit den Besitz an dem Schatz erworben? Savigny (s. oben S. 140) bejaht die Frage, und dasselbe geschah von Seiten einiger früheren römischen Juristen, während die neuere Jurisprudenz sie verneinte und für den Besitzerwerb das „loco movere“ des

Schatzes verlangte[181]). Warum? Sabinus antwortete: quia non sit sub **custodia**. Physische Macht kann er darunter nicht verstanden haben, denn an der fehlt es nicht, läßt doch Papinian in der citirten l. 44 den Eigenthümer den Schatz „custodiae causa", d. h. der mehreren physischen Sicherung wegen vergraben. Aber was fehlt, ist das thatsächliche Verhältniß, in das Jeder, der wirklich die Absicht hat, sich die Sache anzueignen, sie bringen wird, das loco movere enthält die **Constatirung des Eigenthumswillens**, das „Omnia ut domino fecisse", in Bezug auf den **Erwerb** der Sache. Setzen wir einen andern Fall. Es findet Jemand im Freien eine Sache, es paßt ihm aber nicht, sie sofort mitzunehmen, und er beschließt später zurückzukommen, um sie zu holen, inzwischen aber kommt ihm ein Anderer zuvor. Wer von Beiden hat den Besitz erworben? Meiner Ansicht nach nur der letztere, denn der erstere hat zwar die physische Herrschaft über die Sache momentan gehabt, und nach **Savigny** würde dieser Umstand ausreichen, um ihm den Besitz zu **verschaffen**, die Möglichkeit der willkührlichen Reproduction aber würde genügen, um denselben zu **erhalten**, allein ich meinerseits spreche ihm gleichwohl denselben ab, denn er hat nicht gethan, was jeder Andere, dem an der Sache etwas gelegen war, in dieser Lage gethan haben würde. Ein fremder Bienenschwarm hat in meinem Baum gebaut, ein Anderer hat sich den Schwarm und die Honigwaben angeeignet (s. oben S. 139); hat er einen Diebstahl begangen? Nein! sagt der Jurist in l. 5 §. 2, 3 de A. R. D. (41. 1). Rücksichtlich des Bienenschwarmes mag man mir mit Recht die physische Gewalt absprechen, denn er kann jederzeit wieder fortfliegen, aber die Waben sitzen fest. Wenn mir gleichwohl auch an ihnen der

181) l. 3 §. 3, l. 44 pr. de poss. (41. 2), l. 15 ad exh. (10. 4).

Besitz aberkannt wird, so kann ich den Grund wiederum nur darin erblicken, daß ich nicht gethan, was ich, wenn ich einen Werth auf sie gelegt hätte, nicht unterlassen haben würde, nämlich sie zu mir zu nehmen. Es sind Sachen meines Nachbarn in meinen Garten oder auf meinen Hofraum gefallen; habe ich denn Besitz an ihnen? An der physischen Gewalt fehlt es mir nicht, und da ich den Zustand, in dem sie sich befinden, kenne und fortbestehen lasse, so sollte man sagen, ich hätte auch den Willen. Gleichwohl spricht die **l. 5 §. 5 ad exh. (10. 4)** mir den Besitz ab. Warum? Ich kann darauf nur die obige Antwort ertheilen: ich habe den Willen, sie mir anzueignen, nicht an den Tag gelegt; bringe ich sie dagegen in meine Scheune, so habe ich den Besitz erworben.

Fassen wir das Resultat unserer bisherigen Betrachtung zusammen, so hat sich uns der Gesichtspunkt der physischen Herrschaft für den Besitzerwerb in keiner Weise bewährt, weder in den Fällen, wo derselbe in Abwesenheit des Besitzers ohne letztere erfolgt, noch wo er ihres Vorhandenseins wegen erfolgen *müßte*. An Stelle *dieses* Gesichtspunkts hat sich uns vielmehr ein anderer als der maßgebende erwiesen, den wir mit dem Ausdruck der *thatsächlichen Constatirung der Eigenthumsabsicht* bezeichnen wollen. Ihm zufolge wird derjenige Besitzer, der die Sache in eine Lage gebracht hat oder hat bringen lassen, welche dem Eigenthum correspondirt, und die ihn daher als denjenigen verkündigt, welcher letzteres beansprucht. Versuchen wir, ob es uns gelingt, diesen Gesichtspunkt auch für die noch übrigen Fälle des Besitzerwerbs zur Geltung zu bringen.

Bei den meisten Sachen fällt dieser Zustand mit der körperlichen Innehabung zusammen, die beweglichen Sachen hat man regelmäßig bei sich oder in seinem Hause, das Haus selber bewohnt man, bei ihnen also documentirt sich die auf

Eigenthum gerichtete Absicht einfach durch Begründung dieses Zustandes — der Apprehensionsakt ist nur der erste Moment dieses Zustandes. Aber bei gewissen Sachen ist eine Apprehension in diesem Sinn gar nicht möglich. Bei allen unbeweglichen Sachen nämlich, welche frei und offen liegen: Aeckern, Weiden, Wiesen, Wäldern, Seen, Bauplätzen fällt diese körperliche Innehabung oder sagen wir mit Savigny: die physische Herrschaft hinweg, das Eigenthum an ihnen äußert sich also nicht in dem Zustand der Sache selber, sondern in einzelnen, periodisch sich wiederholenden Handlungen des Besitzers. Den Eigenthümer des Ackers erkennt man daran, daß er pflügt und erndtet, der Wiese, daß er Heu macht u. s. w. Eigentlich müßte also hier zum Zweck der Erlangung des Besitzes eine wiederholte ungestörte Vornahme jener Handlungen verlangt werden. Wenn nun das Recht von diesem Erforderniß abstrahirt und hier der realen Begründung des Besitzes eine andere, lediglich auf die Manifestation der rechtlichen Absicht gerichtete substituirt, so soll zwar die Nothwendigkeit dieser Gestaltung des Verhältnisses nicht verkannt werden, aber ebensowenig dürfen wir die eigenthümliche Bewandtniß, die es hier mit dem Besitzerwerb hat, übersehen. Der Käufer des Ackers oder Waldes soll Besitz an ihm ergreifen. Was thut er zu dem Zweck? Er verfügt sich allein oder mit dem Verkäufer zu ihm hinaus. Was weiter? Kann er sehen, sieht er sich das Grundstück an; ist er blind, so fällt selbst das Sehen hinweg, und er kommt zurück mit dem Bewußtsein, sich dadurch nach der Theorie der Juristen die physische Herrschaft über das Grundstück angeeignet zu haben! Aber, wäre dies wahr, so müßte dasselbe gelten, wenn irgend ein Anderer ebenfalls den Spaziergang machte mit der Absicht, sich den Besitz anzueignen; für ihn aber hat der Spaziergang und das Sehen nicht den geringsten Erfolg. Damit

vergleiche man des Gegensatzes wegen den Besitzerwerb bei beweglichen Sachen. Derselbe Akt des Nehmens, der ausreicht, um dem Käufer den Besitz zu verschaffen, reicht auch beim Diebe und Räuber aus. Woher diese Verschiedenheit? Wenn man antwortet: weil an unbeweglichen Sachen eine Dejection des Besitzers in seiner Abwesenheit nicht möglich ist, und weil ein neuer Besitz nicht entstehen kann, so lange der alte fortbesteht, so ist damit nichts erklärt, denn warum dauert bei der unbeweglichen Sache der Besitz fort, bei der beweglichen aber nicht? Ist die Anwesenheit auf dem Grundstück mit der Absicht, Besitz zu ergreifen, an sich ausreichend, die physische Herrschaft und damit den Besitz zu verschaffen, warum bloß in der Person des Käufers, warum nicht auch in der des unrechtmäßigen Occupanten? Eine befriedigende Antwort darauf gewinnt man nur, wenn man der Wahrheit die Ehre giebt und anerkennt, daß jener Akt überall nicht die physische Herrschaft über das Object gewährt, sondern lediglich dazu dient, den mit beiderseitigem Einverständniß erfolgenden Besitz- und Eigenthumsübergang zu constatiren. Was dem dazu dienenden Akt an realer Kraft und Wirksamkeit, d. h. in Bezug auf die physische Bewältigung der Sache abgeht, wird ersetzt durch die rechtlichen Umstände, welche ihn begleiten. Auf ihnen beruht der Nachdruck des ganzen Akts — man denke sie hinweg, und was übrig bleibt, ist nichts als ein Spaziergang. Daß gerade letzterer allein im Stande sein sollte, den Apprehensionswillen zu documentiren, ist reines Vorurtheil, man könnte ebensogut jeden andern Akt dafür an die Stelle setzen, und es ist lediglich die äußere Gleichmäßigkeit des Apprehensionsaktes, was dem Spaziergang zu der Ehre verholfen hat, den Apprehensionswillen zu manifestiren. Während die Apprehension sonst ein realer Akt ist, auf den Zweck gerichtet, dem Empfänger die Sache wirklich

in die Hände zu liefern, ist sie hier eine reine Form. Ich möchte wissen, welchen Unterschied es für den Käufer macht, ob er vor Gericht oder vor Notar und Zeugen seine Absicht erklärt, daß er hiermit den Besitz des ihm vom Verkäufer abgetretenen Grundstücks ergreifen wolle, oder ob er sich zu dem Zweck erst auf das Grundstück hinaus verfügt, um es zu sehen — ein Akt, den er jedenfalls bereits vorher vorgenommen hat, bevor er es kaufte. Die Sicherheit seines Besitzes ist in dem einen Falle so groß wie in dem andern, denn diese Sicherheit beruht nicht auf seinem Spaziergange, sondern auf folgenden zwei Umständen, erstens darauf, daß der bisherige Eigenthümer erklärt hat, daß er seine Rechte auf ihn übertrage, und zweitens darauf, daß dritte Personen, welche wissen, daß sie nicht Eigenthümer des fraglichen Grundstücks sind, den Besitz des Eigenthümers zu respectiren gewohnt sind [182]. Fehlt es ihnen oder dem Verkäufer an dieser Achtung vor dem fremden Besitz, so wird ihn sein Spaziergang gegen sie ebensowenig schützen, wie ein Notariatsinstrument.

Das Resultat meiner Deduction würde demnach darin bestehen: die Apprehension bei unbeweglichen Sachen der gedachten Art, weit entfernt, eine physische Macht über die Sache

---

182) So erklärt sich auch die l. 30 §. 5 h. t.: quod per colonum possideo, heres meus nisi ipse nactus possessionem, non poterit possidere; retinere enim animo possumus, apisci non possumus. Warum nach den bekannten Grundsätzen über den Besitzerwerb durch Stellvertreter die Verpflichtung des Pächters für den Verpächter zu besitzen nicht ausreichen soll, dem Erben den Besitz zu verschaffen (Savigny S. 313), ist mir nicht klar. Nach meiner Theorie erklärt sich die Entscheidung des Juristen ganz leicht: der Erbe soll sich dem Pächter als jetzigen Eigenthümer zu erkennen geben, und letzterer muß ihn als solchen anerkannt haben, damit er thatsächlich als Eigenthümer d. h. als Besitzer angesehen werden könne. Beides ist ohne Reise durch einen bloßen Brief, letzteres sogar durch bloßes Stillschweigen möglich.

gewähren zu sollen oder zu können, hat lediglich den Zweck, die auf Besitzübertragung gerichtete Absicht der Parteien zu constatiren. Wie man den Besitz auch definiren möge, ob als physische Herrschaft oder als Thatsächlichkeit des Eigenthums, in beiden Fällen erscheint sie als ein rein formeller Akt — um nichts besser als der Spaziergang der beiden Streittheile im altrömischen Vindicationsproceß! — dem man ebensogut jeden andern substituiren könnte, ja vor dem jeder andere, welcher der Thatsache die wünschenswerthe Publicität gäbe, z. B. Verkündigung in öffentlichen Blättern, unbedingt den Vorzug verdienen würde. Daß ich säe, pflüge, erndte, sehen meine Nachbarn, und daran erkennen sie, daß ich der Eigenthümer bin — das ist die echte Thatsächlichkeit des Eigenthums, die erfahrungsmäßig in den bei Weitem meisten Fällen mit dem wirklichen Eigenthum zusammentrifft — meinen Apprehensionsspaziergang sieht vielleicht Niemand, und wer ihn bemerkt, wie sieht er es ihm an, was er bedeuten soll?

Und doch soll von diesem leeren Akt oder richtiger von dem Beweise desselben Alles für mich abhängen! Man mache sich einmal klar, wohin die strenge Anwendung der Theorie hier führt. Heute war der Termin der Uebergabe, das Kaufgeld ist bezahlt, der Verkäufer hat erklärt, daß er Besitz und Eigenthum auf mich übertragen haben wolle. Gestern war ich noch auf dem Grundstück anwesend, aber heute paßt mir der Spaziergang nicht, ich verschiebe ihn auf gelegenere Zeit. Diesen Umstand benutzt der Verkäufer und veräußert doloser Weise das Grundstück inzwischen an einen Andern, der, klüger als ich, sofort sich hinaus verfügt. Hier würde letzterer Besitz und Eigenthum erworben haben! Heißt das nicht, der nackten, dürren Form ein Gewicht einräumen, wie sie es nur je zu Zeiten der altrömischen Jurisprudenz besessen, es aber in der spätern Entwickelung des römischen Rechts mehr und

mehr verloren hat? Auch die **mancipatio** und die **vindicatio** erforderten ursprünglich die Anwesenheit beim Gundstück, aber die neuere Praxis setzte sich darüber hinweg [183]). Aber mit welchem Rechte können wir von einem Erforderniß Umgang nehmen, das einmal ganz bestimmt im römischen Recht ausgesprochen ist? Lassen wir das Erforderniß selber immerhin unangetastet, und versuchen wir, ob wir nicht auf dem Wege des Beweises zu dem gewünschten Ziel gelangen können. Der Käufer in unserm obigen Fall producirt ein Instrument, worin der Verkäufer anerkennt, daß er am heutigen Tage Besitz und Eigenthum auf den Käufer übertragen habe; soll letzterem noch der Beweis des vollzogenen Spaziergangs auferlegt werden? Das römische Recht giebt uns einen hinreichenden Anhaltspunkt zur Beantwortung dieser Frage. **Sciendum est generaliter**, sagt Ulpian **in l. 30 de V. O. (45. 1)** [184]), **si quis se scripserit fidejussisse, videri omnia solenniter acta**, und **in §. 17 J. de inut. stip. (3. 19)** heißt es: **si scriptum fuerit in instrumento, promisisse aliquem, perinde habetur atque si interrogatione praecedente responsum est** [185]). Justinian hat von diesem allgemeinen Grundsatz eine Anwendung gemacht [186]), die für unsere obige Frage insofern von besonderem Interesse ist, als es sich bei ihr gerade um das Erforderniß der Anwesenheit handelt. **Sed cum hoc** (das letztere Erforderniß), sagt er **in §. 12 J. de inut. stip. (3. 19), materiam litium contentiosis hominibus**

183) S. meinen Geist des R. R. II. S. 687—691.

184) Ebenso §. 8 J. de fidej. (3. 20).

185) Ebenso Paul. S. R. V. 7 §. 2.

186) l. 14 Cod. (8. 38) (s. oben S. 49 Note 59, wo sie versehentlich als l. ult. citirt ist). Sie gewährte außerdem noch eine andere erhebliche Beweiserleichterung, nämlich in Bezug auf den Beweis des Eigenthums an dem stipulirenden Sklaven.

praestabat, forte post tempus allegationes opponentibus et non praesentes fuisse vel se vel adversarios suos contendentibus, ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Caesarienses advocatos scripsimus, per quam disposuimus tales scripturas, quae praesto esse partes indicant, omnimodo credendas, nisi ipse, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus vel per scripturam vel per testes idoneos approbaverit in ipso toto die, quo conficiebatur, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse. Gewiß eine der verständigsten Verordnungen, die Justinian je erlassen hat, und für unsern Fall ganz wie gemacht. Die Anwesenheit des Besitzerwerbers bei der Sache ist für die Tradition nicht wesentlicher als die der beiden Parteien für die Stipulation, und die Chikane eines Gegners, welcher der durch die Urkunde bezeugten Abtretung der Sache gegenüber noch erst den Beweis der wirklichen Anwesenheit verlangt, verdient keine günstigere Behandlung als diejenige, von der Justinian uns berichtet. Der Gegenbeweis, den Justinian vorbehält, würde für die Tradition nicht viel zu bedeuten haben.

Dem praktischen Erfolg nach würde damit das Erforderniß der Anwesenheit der Sache in allen Fällen, wo die erfolgte Tradition durch eine Urkunde bezeugt wird, umgangen sein, und zwar begreiflicherweise ohne Unterschied, ob die Sache eine bewegliche oder unbewegliche war.

Ob der Gesetzgeber nicht wohlthun würde, noch einen Schritt weiter zu gehen und das Erforderniß der Anwesenheit bei der Sache in solchen Fällen, wo es aller ernstlichen Bedeutung entbehrt, geradezu zu erlassen? Ich meines Theils würde darin nichts Bedenkliches erblicken. Ich berühre damit

die vielbestrittene Frage von der symbolischen Tradition [187]), der ich bei dem Umfange, den diese Abhandlung bereits gewonnen hat, und bei dem nichts weniger als zwingenden Anlaß, mich näher mit ihr einzulassen, gern aus dem Wege gehe. Aber ich will wenigstens das Geständniß nicht unterdrücken, daß ich, weit entfernt, in diesem Begriff eine Verunstaltung und Mißbildung zu erblicken, darin vielmehr eine Fortbildung des Besitzbegriffs sehe. Was macht es denn für einen Unterschied, ob ich die Schlüssel zum Hause oder Gewölbe in unmittelbarer Nähe oder in einiger Entfernung von demselben ausgeliefert bekomme? Wirkt mein Wille, die Sache zu haben, wenn es sich lediglich um das rechtliche Haben, nicht um das factische Mitsichnehmen derselben handelt, nur auf 10 Schritt Distance? Man sollte glauben, daß es sich hier um eine, durch unmittelbare Einwirkung bedingte mechanische Manipulation handle; und man könnte zur Unterstützung die von der Hegel'schen Schule aufgebrachte Vorstellung des „seinen Willen in die Sache Hineinlegens" mit heranziehen und fragen: wie kann der Wille auf meilenweite Entfernung diese Procedur vollbringen? Die ganze Vorstellung ist eine rohe, ein Ausfluß jener rein äußerlichen Erfassung des Besitzes, welche, indem sie das ideale Moment desselben übersieht, den Nachdruck desselben ausschließlich auf das physische Moment wälzt (S. 157). Wer sich von diesem Vorurtheil frei gemacht hat, wird auch die symbolische Tradition anders ansehen, als man dies heutzutage allgemein thut. Letztere hat ihre Zukunft!

Es möge mir schließlich noch verstattet sein, ein Verhältniß zur Betrachtung heranzuziehen, an dem die Richtigkeit des von mir aufgestellten obersten Gesichtspunkts sich wiederum schla-

187) Die neueste, sehr eingehende Behandlung derselben s. bei Exner a. a. O. S. 152 fl.

gend bewährt: die eigenmächtige Occupation der Grundstücke abwesender Personen. Bekanntlich verschafft sie nicht sofort den Besitz, sondern erst dann, wenn letztere nach erhaltener Kunde keinen Versuch machen, den Besitz zu behaupten. Warum? Vom Gesichtspunkt der physischen Herrschaft aus läßt sich dies schlechterdings nicht erklären. Die physische Kraft, die der Occupant von Seiten seines Gegners zu fürchten hat, wird durch Ablauf eines Monats nicht geringer, die seinige, welche er ihm entgegenzusetzen vermag, inzwischen nicht stärker — physisch ändert sich durch Ablauf der Zeit nicht das Geringste. Aber, was sich ändert, was inzwischen wächst und erstarkt, ist das moralische oder ideale Moment des Besitzes, das ist nämlich die durch die Unthätigkeit des bisherigen Besitzers documentirte Anerkennung des gegenwärtigen Besitzstandes. Gerade diejenige Person, von welcher der Occupant allein einen Widerstand zu fürchten hatte, hat ihm denselben nicht entgegengesetzt, er gilt jetzt thatsächlich als der Berechtigte. Ganz so wie bei der Tradition unbeweglicher Sachen ist hier also nicht der physische Akt des Besitzerwerbes, sondern das Verhalten des bisherigen Innehabers das, was seinem Verhältniß zur Sache erst den Stempel des juristischen Besitzes aufdrückt.

Bei beweglichen Sachen knüpft sich der Besitzübergang auf den Dieb und Räuber lediglich an die körperliche Aneignung derselben, sagen wir mit Savigny: an die physische Herrschaft über die Sache, aber eben weil bei unbeweglichen Sachen der Besitz weniger auf dem physischen als dem rechtlichen Moment beruht, ist der Besitzerwerb hier nothwendigerweise anders gestaltet; was dem Verhältniß in der ersteren Beziehung abgeht, muß das letztere ersetzen.

XIV.

5. Anwendung auf den Verlust des Besitzes.

Ist der Besitz die Thatsächlichkeit des Eigenthums, so werden wir ihn für untergegangen erklären müssen, wenn die Sache in eine Lage gerathen ist, welche sich mit der regulären Art und Form, wie der Eigenthümer sich derselben zu bedienen pflegt, nicht verträgt. Immerhin mag ihm die Möglichkeit der Reproduktion des ursprünglichen Verhältnisses auch hier noch verbleiben — für unsere Theorie genügt dies nicht, denn ein Eigenthümer, dem etwas an der Sache liegt, begnügt sich nicht mit dieser bloßen Möglichkeit, legt nicht die Hände in den Schoß, sondern er rührt sich und stellt das gestörte Verhältniß zur Sache möglichst rasch wieder her. „Omnia ut dominum fecisse", dieser Gesichtspunkt bestimmt das zur Erhaltung des Besitzes erforderliche Verhalten des Besitzers. Was er zu thun hat, lehrt ihm sein Interesse, und gerade daran, daß er dies thut, erkennt man ihn als denjenigen, den die Sache angeht (ad quem ea res pertinet). Dies Interesse, thatsächlich documentirt durch die Art, wie man sich der Sache bedient und sich ihrer annimmt, wenn sie in Gefahr geräth, sie schützt und sichert, ist das Kennzeichen des wahren Eigenthümers. Wer dies Interesse verläugnet und sich damit gewissermaßen von der Sache lossagt, verliert den Besitz — denn er wird, wenn er auch Eigenthümer ist und bleibt, doch nicht als solcher sichtbar, der Besitz aber besteht ja eben in der Sichtbarkeit des Eigenthums — die diligentia des Eigenthümers ist ein unentbehrliches Erforderniß des Besitzers.

Der Gegensatz, in den ich damit zur Savigny'schen

Theorie trete, liegt auf der Hand. Der Savigny'sche Besitzer kann die im Walde oder auf offenem Felde niedergelegte Werthsache getrost dort liegen lassen; so lange ihm die Möglichkeit verbleibt, sie wieder zu holen, behält er seinen Besitz bei. Der meinige dagegen verliert letztern sofort, denn der regelrechte Eigenthümer läßt die Sachen dort gar nicht liegen. Der Savigny'sche Besitzer kann sein Grundstück verkommen und verwildern lassen, er kann fortziehen vom Ort, ohne es zu verpachten und ohne Jemandem die Aufsicht anzuvertrauen — er behält den Besitz — weil er irgend einmal, nach 10 oder 20 Jahren, wiederkommen kann. Nach meiner Theorie geht er seines Besitzes verlustig. So ist also das persönliche Verhalten des Besitzers, seine Sorgfalt oder seine Nachlässigkeit, Sorglosigkeit, Gleichgültigkeit nach der Savigny'schen Lehre ohne alle Bedeutung, nach der meinigen dagegen ganz entscheidend. Die Quellen sollen jetzt zwischen beiden Ansichten den Ausschlag geben.

Rerum mobilium, sagt Papinian in **l. 47 de poss. (41. 2)**, **neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit idque Nerva filius libris de usucapionis retulit.** Also: die Nachlässigkeit des Besitzers in Bezug auf die Aufbewahrung der Sachen, belehrt uns der Jurist, führt den Verlust des Besitzes herbei. Savigny (S. 341) verneint dies, die Stelle soll „nicht eine juristische Regel, sondern nur das, was aus der **omissa custodia** sehr oft erfolgt (**consuevit**), ausdrücken." Dafür also soll ein Mann wie Papinian den Nerva zu Hülfe rufen, um ihn eine solche Plattheit sagen zu lassen: wer Geld und Geldeswerth auf der Straße liegen lasse, der riskire, daß es ihm gestohlen werde, wenigstens sei das schon häufig geschehen! Es wäre um

nichts besser, als wenn Odysseus darum in die Unterwelt gestiegen wäre, um erst von Tiresias zu erfahren, daß alle Menschen sterben müßten! Aber was soll denn das consuevit bedeuten? Meines Erachtens die Verweisung auf dasjenige „consuevit“, das für das Recht das entscheidende ist: die Praxis der Rechtssprechung. Schon vielen, will Papinian sagen, ist der Besitz aberkannt, weil sie ihn nicht sorgsam gehütet haben. Glücklicherweise ist uns über die Ansicht des Nerva noch ein anderes Zeugniß aufbewahrt, welches uns über seine wahre Meinung nicht im Zweifel läßt, nämlich von Paulus in der l. 3 §. 13 ibid.:

Nerva filius, res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est[188]) quatenus si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus.

Indem Nerva bei beweglichen Sachen mit Ausnahme der Sklaven die Fortdauer des Besitzes an die custodia knüpft, spricht er damit implicite den obigen Satz aus, daß eine Vernachlässigung der custodia den Verlust des Besitzes nach sich ziehe.

Aber nicht bloß bei den beweglichen Sachen begegnet uns das „negligere“ des Besitzers; in Anwendung auf unbewegliche bringt es die l. 40 §. 1 h. t. (neglexerit) und die l. 37 §. 1 de usurp. (41. 3 negligentia) ebenfalls mit der Frage von der Fortdauer des Besitzes in Verbindung.

Die Nachlässigkeit in Bezug auf die Erhaltung des Besitzes nimmt aber unsern Quellen zufolge eine doppelte Gestalt

---

188) Statt dieser durch die Autorität der Florentina unterstützten Lesart adoptirt Savigny die in einigen Manuscripten sich findende Variante: idem; s. dagegen Rudorff a. a. O. S. 675.

an; dieselben unterscheiden nämlich zwischen zwei Fällen der Nachlässigkeit: solchen, in denen erst die fortgesetzte, anhaltende, und solchen, in denen schon die momentane Nachlässigkeit den Verlust des Besitzes zur Folge hat. Es kann kritische Lagen für den Eigenthümer geben, wo er, wenn er sich die Sache oder den Besitz sichern will, sofort die nöthigen Schritte dazu thun muß; unterläßt er sie, so ist es um seinen Besitz geschehen. In andern Fällen dagegen ist die Lage der Sache, welche den Eigenthümer zum Handeln veranlassen muß, keine so unmittelbar dringende, es ist keine Gefahr im Verzuge, ein gewisser Aufschub daher ungefährlich, und erst die dauernde Unterlassung der Handlungen, die man von ihm erwarten darf, mit dem Vorwurf der Nachlässigkeit und dem entsprechend mit dem Nachtheil des Besitzverlustes zu belegen. Man könnte erstere als Fälle des akuten, letztere als Fälle des chronischen Besitzverlustes bezeichnen.

Der Eigenthümer hat seine Sache verloren, sein Vieh hat sich verlaufen; was wird er thun? Er wird sofort suchen. Findet er sie wieder, so hat er den Besitz nie verloren, findet er sie nicht, so hat er ihn eingebüßt. Aber wie, wenn er das Suchen völlig unterläßt, weil er zu bequem dazu ist oder es sich auf eine gelegenere Zeit aufschieben will? In der l. 3 §. 13 h. t., welche von den obigen beiden Fällen des Verlierens der Sache und des Verlaufens des Viehs handelt, wird dieses Verhaltens des Eigenthümers gar nicht gedacht. Wie ist also zu entscheiden? Dauert etwa der Besitz wegen der Möglichkeit der Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses fort? Meiner Ansicht nach nicht. Abgesehen von der obigen l. 47 cit., welche die „omissa atque neglecta custodia“ bei beweglichen Sachen als Grund des Besitzverlustes

anerkennt, glaube ich auch die Analogie des Besitzverlustes an unbeweglichen Sachen heranziehen zu dürfen. Dem abwesenden Eigenthümer wird die Nachricht gebracht, daß ein Anderer sein Haus in Besitz genommen habe; was wird er thun? Er wird sofort die nöthigen Maßregeln treffen, um den Occupanten wieder zu vertreiben. Wie aber, wenn er aus Furcht oder Bequemlichkeit es unterläßt? Dann verliert er den Besitz [189]). Warum? Weil er sein Recht im Stich gelassen, weil er bei einer Gelegenheit, wo Jeder erwarten konnte, denjenigen, „den die Sache angeht", zu sehen, sich nicht hat blicken lassen — er ist als Eigenthümer im kritischen Moment nicht sichtbar geworden. Ob die Sache durch dritte Personen, durch sich selber (Entlaufen des Viehs), durch Naturereignisse (Wegschwemmen der Balken, Forttreiben des Kahns) oder durch Gedankenlosigkeit oder Nachlässigkeit des Besitzers in eine solche kritische Lage gebracht wird, welche den sorgsamen Eigenthümer zu sofortigen Gegenmaßregeln veranlaßt, ist in meinen Augen völlig gleichgültig. Darum macht es auch keinen Unterschied, ob z. B. der Jäger seine Jagdtasche im Walde verliert oder sie absichtlich dort liegen läßt — der Zustand, in dem ein Dritter sie daselbst findet, ist nicht derjenige, in dem der Eigenthümer sein Eigenthum an ihr auszuüben pflegt, er dokumentirt eine Störung des normalen Eigenthumsverhältnisses, d. h. er ist ein besitzloser.

Fassen wir jetzt die Fälle der zweiten Classe in's Auge. Unsere Quellen bieten uns folgende Entscheidungen dar:

1) Die l. 40 §. 1 h. t. von Afrikan:

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut

189) l. 3 §. 8, l. 7, l. 25 §. 2 h. t.

per colonum possessio et retineretur et continuaretur; quo mortuo non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum cum dominus possessionem apisci neglexerit.

Mit der Savigny'schen Theorie ist die Entscheidung, welche der Jurist hier trifft, unverträglich. Denn wird der Besitz des Verpächters durch den Tod des Pächters nicht sofort aufgehoben, so dauert er ihr zufolge, so lange keine Aenderung des bisherigen Zustandes eintritt, ununterbrochen fort, da ja dem Verpächter die Möglichkeit der Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses ungeschmälert verbleibt. Aber diese bloße Möglichkeit, bei der der Besitzer die Hände in den Schooß legen kann, reicht in den Augen des Juristen nicht aus, ihm den Besitz zu erhalten, er verlangt von ihm, daß er selber dazu thue, sich denselben zu sichern [190]), daß er also nach dem Grundstück sehe, was daraus wird [191]), und entweder einen neuen Pächter darauf setze, oder es selber in Bewirthschaftung nehme. Inzwischen soll sein Besitz noch fortdauern (non statim interpellari), säumt er aber länger, als ein sorgsamer Mann es in seiner Lage gethan haben würde, so ist sein Besitz verloren. Warum? Weil er nicht als Eigenthümer sichtbar geworden ist, wo man es von ihm erwarten konnte.

Ein ähnliches Verhältniß, wie wenn der Pächter stirbt,

---

190) Wenn der Jurist diese auf Erhaltung des Besitzes gerichtete Maßregel mit „possessionem apisci“ bezeichnet, so versteht er darunter die Wiedererlangung der bisher durch den Pächter ausgeübten corporalis possessio.

191) Denn der Erbe des Pächters ist nicht eo ipso Pächter, l. 60 §. 1 loc. (19. 2) Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo; möglicherweise ist ja gar kein Erbe da oder derselbe zur Zeit noch nicht bekannt.

tritt ein, wenn derselbe das Grundstück verläßt. Afrikan wollte hier den Besitz des Verpächters sofort untergehen lassen[192]), während zwei andere Juristen: Pomponius in l. 25 §. 1 und Paulus in l. 3 §. 8 h. t. sich für seine Fortdauer erklärten. Meinten sie damit seine unbeschränkte Fortdauer, selbst für den Fall, daß der Herr nach erhaltener Kunde fortdauernd unthätig bleibt? Ich nehme keinen Anstand, diese Frage entschieden zu verneinen; ob mit Recht, darüber bitte ich den Leser, sein Urtheil noch vorläufig zu suspendiren.

2) Die l. 37 §. 1 de usurp. (41. 3) von Gajus:

> Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit.

Savigny (S. 360) sucht diese Stelle mit seiner Theorie dadurch zu vereinigen, daß er bei dem Besitzer den Willen supponirt, den Besitz aufzugeben. Allein gegen eine solche Supposition kann der Besitzer sich auf Savigny selber berufen, denn Letzterer verstattet ihm (daselbst, Note) die Sache „aus Nachlässigkeit oder Abwesenheit ohne Aufsicht und Detention liegen zu lassen", und wenn von seiner Seite nichts weiter hinzukommt, um seinen Willen, den Besitz positiv aufzugeben, zu documentiren, so sehe ich nicht ein, worauf sich im concreten Fall die Annahme, daß „die Sache wirklich ohne Besitzer gewesen sein müsse" (Worte der citirten Note) stützen soll. Jene Unterscheidung selber ist in

192) „Aliud existimandum"; so die Florentina und die meisten Vulgatmanuscripte. Wenn Savigny (S. 369) der in einigen wenigen Manuscripten sich findenden Lesart: „idem existimandum" den Vorzug geben will, so s. dagegen Rudorff (S. 686 daselbst).

meinen Augen nichts als ein dialektisches Gaukelspiel — — wer versuchen will, diesen begrifflichen Gegensatz im concreten Fall anzuwenden, wird sich überzeugen, daß ihm jeder Anhaltspunkt dafür fehlt, daß es ganz seinem Belieben anheimgestellt ist, ob er sagen will: „die Sache sei aus Nachlässigkeit des Besitzers ohne Aufsicht und Detention" (gleichwohl aber noch im Besitz) oder „sie sei wirklich (sic!) ohne Besitzer gewesen".

Der Jurist unterscheidet in jener Stelle zwei Fälle der Besitzlosigkeit der Sache („possessio vacat"), den der verschuldeten („negligentia domini") und der unverschuldeten (Tod und längere Abwesenheit des Besitzers). Indem er die „negligentia domini" als Grund des Besitzverlustes aufführt, erkennt er damit den Gesichtspunkt, den ich hier zu beweisen habe, in Bezug auf die unbeweglichen Sachen ebenso klar und unzweideutig an, wie es die l. 47 cit. hinsichtlich der beweglichen Sachen gethan hat. Daß er den Besitz auch im Fall unverschuldeter Aufsichtslosigkeit untergehen läßt, hat nichts Befremdendes und steht mit meiner Ansicht nicht im Widerspruch. Denn begreiflicherweise geht letztere nicht dahin, daß der Besitz nur, sondern daß er auch wegen Nachlässigkeit verloren gehe. Das längere Leerstehen des Grundstückes ist ein Zustand, welcher mit der regulären Verwirklichungsform des Eigenthums an unbeweglichen Sachen ebenso sehr in Widerspruch steht, wie das Liegenlassen von Werthsachen auf freiem Felde — eine omissa atque neglecta custodia — eine Störung des normalen Eigenthumsverhältnisses. Wodurch die Störung veranlaßt ist, ob durch Naturzufälle oder menschliche Handlungen, ist gleichgültig.

Nur für einen Fall hat die spätere kaiserliche Gesetzgebung diesen Satz modificirt. Wenn nämlich das Motiv, weshalb

der Besitzer die Cultur des Grundstücks längere Zeit unterlassen hat, in gegründeter Furcht besteht („metus necessitate"), so soll der l. 4 Cod. de acq. poss. (7. 32) von Diocletian (a. 290) zufolge: „ex transmissi temporis injuria ei praejudicium non generari." Es bedarf nicht der Bemerkung, daß diese Stelle die obige Theorie gerade dadurch indirect anerkennt, daß sie nur für den Fall der „metus necessitas" das „praejudicium", das sich sonst aus der unterlassenen Cultur ergeben würde, d. h. den Verlust des Besitzes ausschließt [193]).

Der Eigenthümer soll sein Grundstück bebauen. Das forderte schon in alter Zeit der Censor [194]), dasselbe schärfte die spätere kaiserliche Gesetzgebung ein, indem sie im Unterlassungsfalle Jedem, der Lust hatte, erlaubte, das Grundstück in Cultur zu nehmen und ihm nach zweijähriger Fortsetzung das Eigenthum des Grundstücks zusprach [195]). Dieselbe Erlaubniß ertheilte Vespasian rücksichtlich unbenutzter Bauplätze [196]). Durch die immissio wegen verweigerter Cautio damni infecti

---

193) Der Gegensatz, den die Stelle macht: si non derelinquendi animo non coluisti, ist, wie aus dem Bisherigen hervorgeht, kein erschöpfender; er mochte durch die Worte der Bittschrift veranlaßt sein.

194) Gellius IV, 12. Si quis agrum suum passus fuerat sordescere eumque indiligenter curabat ac neque araverat neque purgaverat sive quis arborem suam vineamque habuerat derelictui, non id sine poena fuit, sed erat opus censorium.

195) l. 8 Cod. de agro deserto (11. 58). Schon Pertinax hatte diese Occupation erlaubt, Guyet, Arch. f. civ. Pr. XVII S. 59. Eine Verschärfung und Abkürzung jener Maßregel s. l. 10, 14 Cod. ibid.

196) Suet. Vesp. c. 8 vacuas areas occupare et aedificare, si possessores cessarent.

geht der Besitz bekanntlich zunächst nicht verloren, bleibt aber das Mittel erfolglos, so erfolgt durch ein **secundum decretum** die Uebertragung von Besitz und Eigenthum. Diese Maßregel rechtfertigt Ulpian nun in der citirten Stelle mit dem Gesichtspunkt, daß man nach Verlauf einer gewissen Zwischenzeit (**post aliquod intervallum**) annehmen könne:

> **quod pro derelicto aedes longo silentio dominus videatur habuisse.**

Gewiß war es nicht die Meinung des Juristen, daß hier eine wirkliche Dereliction vorliege, sondern er wollte nur die scheinbare Härte der Maßregel damit rechtfertigen, daß der Eigenthümer durch seine gänzliche Gleichgültigkeit sich gewissermaßen selber von der Sache losgesagt habe und, um diesen letztern von uns oben ausgesprochenen Gesichtspunkt mit den Worten eines römischen Juristen wiederzugeben, glaubte ich auch dieser Stelle hier einen Platz einräumen zu dürfen.

3) **l. 13 pr. h. t.** von Ulpian:

> **Pomponius refert, cum lapides in Tiberim demersi essent naufragio et post tempus extracti: an dominium in integro fuit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto.**

Nach der Savigny'schen Erklärung (S. 340) würde Ulpian die Fortdauer des Besitzes hier aus dem Grunde verneint haben, weil es an der Möglichkeit der beliebigen Wiedergewinnung der Steine gefehlt hätte. Unter dieser Voraussetzung wäre der Besitz sofort verloren gewesen und das „**post tempus**" der Stelle wäre gänzlich bedeutungslos, wie denn Savigny es in der That völlig ignorirt. Aber das „**post tempus**" hat seine gute Bedeutung, es entspricht dem „**non statim interpellari possessionem, sed tunc demum, cum dominus pos-**

sessionem apisci neglexerit" der l. 40 §. 1 cit. Der Eigenthümer der Steine hatte längere Zeit verstreichen lassen, bevor er sich entschloß, sie heraufzuholen, und eben diese fortgesetzte Unthätigkeit steht mit der Handlungsweise des sorgsamen Eigenthümers, dem „omnia ut dominum fecisse" nicht im Einklang — er hat seine Sachen längere Zeit in einer Lage gelassen, die der normalen Gestalt des Eigenthums widerspricht.

Ein Seitenstück zu dem „post tempus" dieser Stelle gewährt das „diu" der folgenden.

4) Die l. 3 §. 10 h. t. von Paulus[197]):

> Si servus, quem possidebam, pro libero se gerat, ut fecit Spartacus et judicium liberale pati paratus sit, non videbitur a domino possideri, cui se adversarium praeparat; sed hoc ita verum est, si diu in libertate moratur.

Warum macht Paulus die letztere Beschränkung? Die Savigny'sche Theorie muß darauf die Antwort schuldig bleiben. Entweder ging der Besitz am Sklaven von Anfang an verloren oder er blieb bestehen; in dem letztern Fall muß er nach Savigny, wenn sich sonst nichts ändert, unausgesetzt fortdauern — die Zeit als solche hat nach Savigny über den Besitz keine Macht.

Nach meiner Theorie dagegen hat sie diese Macht, muß sie dieselbe haben, und gerade diese Bedeutung der Zeit bildet in meinen Augen eins der Hauptargumente für die Richtigkeit meiner Theorie. Wer fortan noch die Savigny'sche Formel über die Fortdauer des Besitzes aufrecht erhalten will, von dem darf ich erwarten, daß er über zwei Punkte Rechen-

---

197) Von demselben Juristen befindet sich noch ein Fragment in den Pandekten, worin er dieselbe Frage berührt, aber ohne das „diu" zu erwähnen: die l. 15 §. 1 de usurp. (41. 3).

schaft giebt, einmal darüber, wie sich die obigen Stellen, denen zufolge der Besitz im Fall anhaltender Vernachlässigung („non statim", „post tempus", longo tempore", longo silentio", „diu") ohne Veränderung im corpus oder animus untergeht, mit der Savigny'schen Theorie vereinigen lassen, und sodann darüber: wie gerade das realste aller Rechtsverhältnisse, der Besitz, dazu kommen soll, von der Erforderniß der Realität, welches sonst für alle vermögensrechtliche Verhältnisse gilt, befreit zu werden? Das Eigenthum ging im alten römischen Recht durch Usucapion schon in einem, beziehungsweise in zwei Jahren unter, ebenso die Servituten durch Nichtgebrauch, die prätorischen Strafklagen verjährten in einem Jahre, rasch also consumirt sich nach römischer Vorstellung das Recht, wenn es der Realität, der Ausübung entbehrt. Aber den Besitz ficht der Mangel dieses Moments nichts an — für einen Methusalem würde er auch ohne dasselbe hundert Jahre und darüber fortdauern!

Aber, wird man mir einwenden: lex ita scripta est! die bekannte l. 153 de R. J. (50. 17) sagt ja ausdrücklich, daß der Besitz so lange fortdauere, bis animus und corpus in ihr Gegentheil umgeschlagen seien (in contrarium actum). Wie mißlich es ist, eine Theorie statt auf die concreten Entscheidungen der Quellen auf die Abstraction eines römischen Juristen zu gründen, darüber herrscht unter den Kundigen doch wohl nur eine Stimme, und die obige Regel von Paulus liefert in meinen Augen einen neuen Beleg zu dem Ausspruch der l. 202 de R. J. (50. 17): omnis definitio in jure periculosa est, parum est enim ut non subverti possit. Denn sie stimmt in keiner Weise zu den concreten Entscheidungen der römischen Juristen; wenigstens nicht, wenn man das „in contrarium actum" in der Weise auffaßt, wie Savigny und die herrschende Lehre es thut. Um der oben von mir

angeführten Stellen zu geschweigen, so frage ich bloß: wie paßt sie zu dem Untergange des Besitzes mit dem Tode? Am corpus ändert sich mit dem Tode nichts, es fällt nur der animus hinweg, aber dieser Wegfall des animus ist doch kein animus in contrarium actus; der „Wille zu besitzen" verwandelt sich hier ja nicht, wie Savigny es verlangt, in den „Willen nicht zu besitzen." Offenbart sich aber, wie es hier unzweifelhaft der Fall ist, zwischen der theoretischen Abstraction, der „regula juris" eines römischen Juristen, und den praktischen Entscheidungen unserer Quellen ein Widerspruch, so folgen wir nur der Anweisung, die Paulus selber uns in der l. 1 de R. J. (50. 17) ertheilt: Non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat, wenn wir uns an das concrete Quellenmaterial halten und aus ihm uns die regula juris selber zu abstrahiren suchen, und gerade Savigny hat es uns in dieser Beziehung an einem Vorbilde nicht fehlen lassen [198]).

Ich will schließlich noch auf einen Einwand antworten, auf den meine im Bisherigen entwickelte Ansicht über die Fortdauer des Besitzes sich gefaßt machen muß. Wenn sie die Sorgfalt des richtigen Eigenthümers als Erforderniß der Fortdauer des Besitzes bezeichnet (S. 182), so wird man diesem Maß-

---

198) Ich verweise z. B. auf sein System III S. 346, wo er die in l. 7, 8 de jur. et fact. ignor. (22. 6) ausgesprochene Regel behandelt. „Wir widersprechen, sagt er hier, also nicht etwa durch dieses Verfahren unsern Rechtsquellen, sondern wir halten uns nur an deren sichere Entscheidungen im Einzelnen und behandeln die oben mitgetheilten Stellen als einen nicht gelungenen Versuch zur Aufstellung eines allgemeinen Princips." Hätte Savigny sein Werk über den Besitz nicht als dreiundzwanzigjähriger Mensch, sondern als gereifter Mann geschrieben, er würde vielleicht auch der obigen Regel des Paulus gegenüber dasselbe Verfahren in Anwendung gebracht haben.

stab wahrscheinlich den Vorwurf der Unbestimmtheit machen. Auf diesen Vorwurf antworte ich einfach mit der Verweisung auf die Lehre von der culpa. Die beiden Maßstäbe, deren sich die Römer für sie bedienen: die der Sorgfalt des tüchtigen Geschäftsmannes und des gewöhnlichen Menschen sind um nichts bestimmter, als der meinige, und ich bin überzeugt, daß letzterer in der Anwendung ungleich seltener zu Zweifeln führen wird, als jene beiden, ja ich wiederhole meine obige Behauptung (S. 163), daß Bürger und Bauer die Frage: ob ein Besitz vorhanden sei oder nicht, nach meiner Theorie mit ungleich größerer Sicherheit zu beantworten im Stande sind, als nach der Savigny'schen die Coryphäen der Jurisprudenz!

Ich fasse das Resultat meiner ganzen bisherigen Untersuchung in folgende Sätze zusammen:

> Der Besitz verdankt seine Erhebung zu einem juristisch bedeutungsvollen Verhältniß nicht sich selber, sondern dem Eigenthum. Um dem Eigenthümer gegen gewisse Angriffe einen leichteren Schutz zu gewähren, als die reivind. sie ihm bietet, ist an die Stelle des Beweises der rechtlichen die der bloß thatsächlichen Existenz des Eigenthums gesetzt — eine Voraussetzung, die, regelmäßig mit dem wirklichen Eigenthum zusammentreffend, in den Fällen, wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, auch den Nichteigenthümer dieses Schutzes theilhaftig macht. Aber diese Wirkung bildet nicht den Zweck des Besitzinstituts, sondern eine unvermeidliche Consequenz desselben.
>
> Die Idee des Besitzesschutzes in ihrer vollen Wahrheit und Allgemeinheit erheischt Schutz gegen jede wider den Willen des Besitzers vollzogene Besitzverletzung — eine Anforderung, die das ältere römische

Was casus ist, wird nicht mehr bestritten. Ich bemerke, um die Begrenzung meiner Untersuchung zu begründen, hier noch Folgendes:

Es ist ein beachtenswerther Fingerzeig, daß die Quellen auf den casus nur in obligatorischen Verhältnissen eingehen [3]). — Ein Ereigniß als solches hat keinen Anspruch, vom Juristen beachtet zu werden; auch dann noch nicht, wenn es irgend einen Schaden anrichtet. Erst wenn der Beschädigte einen Anderen für diesen Schaden verantwortlich macht, kommt der Richter in die Lage, zu untersuchen, — nicht, ob das Ereigniß, sondern seine Wirkung, — ob die Beschädigung Jemandem imputirt werden kann [4]). Die Bejahung dieser Frage führt weit ab vom casus auf das Gebiet des dolus und der culpa bezw. des Criminalrechts. Im Falle der Verneinung mag der Philosoph das Ereigniß Zufall, den Schaden zufällig nennen, der Jurist kann nur auf noch beschränkterem Gebiete sich mit dem casus beschäftigen [5]), wenn die weitere Frage an ihn herantritt: Wer ist der Beschädigte? Wenn also das betroffene Object zu zwei Subjecten der Art in Beziehung steht, daß jedes dem andern den Nachtheil zuschieben will, d. h. wenn ein obligatorisches Verhältniß betroffen ist [6]).

---

3) Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrechte I. S. 3. Förster, Preuß. Privatrecht I. 717.

4) Nach dem Causalnexus mit der Wirkung des Ereignisses ist gefragt, nicht bloß: ob Jemand das fragliche Ereigniß herbeigeführt? — sondern: ob er die Sache ihm ausgesetzt habe? — daher kein casus mixtus.

5) Daher ist casus im Criminalrechte ein überflüssiger Ausdruck, der nur sagt: Das Ereigniß gehört nicht hieher.

6) Der durch ein Erdbeben angerichtete Schade ist dem Debitor gegenüber kein casus, der die beschädigte Sache ihm imputabler Weise aussetzte (cfr. Not. 4); andererseits ist ein vom Debitor selbst angerichteter Schade trotzdem casus, wenn jener das Versehen nicht zu

Casus ist also der Schaden — oder, da stets eine Leistung betroffen ist, die Unmöglichkeit, welche dem Schuldner nicht imputirt werden kann.

Auf die Frage nun: wer den casus trägt? — antworten die Quellen negativ: casus a nullo praestantur (fr. 23 in f. de R. J.). Das mag meistens ausreichen, giebt uns aber nicht das Motiv der Entscheidung, sondern nur einen Fingerzeig auf dasselbe.

Wenn für den casus keiner einzustehen, keiner ihn zu ersetzen braucht, so trägt ihn der Verletzte, und da Vermögensrechte betroffen sind, also das Subject derselben. Den casus trägt mithin der, dessen Vermögen betroffen ist[7]).

Die Einfachheit dieser Folgerung den bisher vergeblichen Versuchen gegenüber machte mich anfangs mißtrauisch, allein ich glaube, sie hält Probe. Daß sie nicht eher gezogen ist, erklärt sich u. A. vielleicht daher, weil den Anhängern des alten Satzes casum sentit dominus und deshalb auch seinen Gegnern der Begriff des Eigenthums (dominium) den des Vermögens verhüllt zu haben scheint. Die Verwechselung lag nahe, weil der Inhalt beider Begriffe zum Theil identisch ist.

---

vertreten braucht. — Der casus begreift daher keine bestimmte Klasse von Ereignissen, wie noch Fuchs, Archiv für civilist. Praxis Bd. 34 Nr. 5. 10. 17 annimmt, sondern der casus ist ein Charakter, den jedes Ereigniß unter obigen Voraussetzungen annimmt.

7) Der Satz ist mehrfach angedeutet und ausgesprochen — ich möchte fast sagen: unwillkürlich, da er nicht durchgeführt wurde, cfr. Not. 23. B.G.B. für das Königreich Sachsen §. 126, aber gleich darauf spricht es von culposem casus. B.G.B. für die deutschen Erblande der Oesterreichischen Monarchie §. 1311, wo aber auch von culposem casus die Rede ist; §. 1133: casum sentit dominus cfr. §§. 1048, 1064, 1112.

Das dominium ist der durch besondere Formen und Rechtsmittel jedem Dritten gegenüber erkennbare und geschützte Kern des Vermögens, dessen Grenzen aber bald weiter und daher bald enger sind, Wenn also der dominus den casus tragen soll, muß die Differenz der Grenzen ausgeglichen werden. Dies haben versucht Oosterga[8]) und nach ihm das französische Recht[9]), indem sie das Eigenthum durch nudum pactum übertragbar erklärten, es auf das Vermögen reducirten, und andererseits das Preußische Recht[10]), indem es durch Construction des Eigenthums an Forderungen das Vermögen zum Eigenthum erhob.

Ein Moment, das zur Verwechselung der Begriffe Vermögen und Eigenthum beitrug, mag im Sprachgebrauche liegen. Das Mein und Dein bezeichnet einerseits das Eigenthum (dominium), andererseits versteht man es im Leben aber eben so oft im materiellen Sinne: das Pferd ist mein, weil und sobald ich es gekauft, ist nicht mehr mein, weil und sobald ich es verkauft habe. — Dieser Sprachgebrauch zeigt sich auch in den Quellen des Römischen Rechts, z. B.

Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est, fr. 91 de V. S. (50. 16).

Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, habetur enim quod peti potest; fr. 143 eod.; cfr. fr. 14 § 1 eod.; fr. 15 de R. J. (50. 17).

Hactenus mihi abesse videtur res quatenus sum praestiturus, fr. 34 § 8 de legat I (30).

---

8) Censura Belgica in Inst. Just. (Traject. ad Rh. 1648) ad §. 3 de emt. vend. (3. 23).

9) Cod. civ. Art. 1583. 711. 938. 1138. 1606.

10) A. L.R. Th. I. Tit. 8 §. 1—4. Tit. 5 §. 364. Tit. 11 §. 100. 120.

Non videtur perfecte cujusque id esse quod ex casu [11]) auferri potest, fr. 139 § 1 de R. J. (50. 17).

Habere duobus modis dicitur, altero jure dominii, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit, fr. 188 pr. de V. S. (50. 16).

Ferner: die Wendung „in bonis" darf durchaus nicht stets mit Eigenthum übersetzt werden, sie bezeichnet sehr häufig unser Vermögen, z. B.:

Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere, fr. de V. S. (50. 16).

Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est; — — — aeque bonis admunerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, fr. 49 eod.

Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad eam recuperandam actionem habemus, fr. 52 de acqu. rer. dom. (41. 1), cfr. fr. 43 de usu et usufr. (33. 2), Dirksen, Manuale latinitatis s. v. Bona § 1.

Hiernach erklären sich zwei Quellenstellen, welche die bisherige Theorie nicht ohne Zwang einreihen konnte, nicht bloß mit Leichtigkeit, sondern ergeben eine wesentliche Stütze meines obigen Satzes:

Fr. 28 pr. de donat. inter vir. et ux. (24. 1) entscheidet: Si id quod donatum sit perierit vel consumtum sit, ejus qui dedit est detrimentum; merito, quia res manet ejus qui dedit suamque rem perdit;

und c. 9 de pignorat. act. (4. 24): Pignus in bonis debitoris permanere ideoque ipsi perire in dubium non venit [12]).

---

11) sc. irgend wie, cfr. Glossa: per actionem, Florent.: ex caussa; Basil. (ed. Heimbach I. p. 974) II. 3.

12) Wächter, Archiv für civilist. Praxis Bd. 18 S. 132, dem

Nicht das Eigenthum des Römischen Rechts, sondern das Vermögen ist hier gemeint. Princip und Motiv der Entscheidung ist: ich trage den casus, weil die betroffene Sache in meinem Vermögen ist.

Die Frage: wer den casus trage, entscheidet sich also nach der Vorfrage: in wessen Vermögen ist die betroffene Sache. Zu ihrer Beantwortung ist jedoch nicht erforderlich, den ganzen Inhalt des Begriffes Vermögen erschöpfend darzustellen, da der casus nur juristisches Interesse gewährt in obligatorischen Verhältnissen, wenn ein Object aus einem Vermögen in das andere übergehen soll, so genügt die Feststellung der Momente, die den Vermögens**übergang** charakterisiren. Wie beim Besitze und Eigenthume kommt es hier auf animus und corpus an.

Der animus ist die bündig vorliegende Absicht beider Contrahenten, aus dem einen Vermögen in das andere zu übertragen. Ist diese beiderseitige Uebereinstimmung in irgend einem Punkte, z. B. hinsichtlich einer Bedingung, nicht vollständig (perfect), wenn die Sache casuell untergeht, so trägt zweifellos derjenige den casus, welcher übertragen sollte. Es liegt eine vorangehende Unmöglichkeit vor. Der Abschluß, nicht seine Ausführung, an die gar nicht gedacht werden kann, ist unmöglich geworden.

Ueber den Einfluß einer dem Einverständniß eingefügten Bedingung s. unten.

---

fr. 28 cit. entgangen zu sein scheint, nimmt an, die Fassung von c. 9 rühre von dem Gegensatze zur fiducia pignoris caussa her. — **Mommsen**, Beiträge zum Obligationenrecht I. 149, verwirft dies und interpretirt: das Eigenthum sei nicht Grund, aber hier wie häufig ein äußeres Merkmal. — Ebenso **Windscheid** in der Kritik Mommsen's, Heidelberger krit. Zeitschrift II. 127. — Die Worte quia und ideo deuten aber zweifellos auf einen Grund.

Die Erfordernisse des corpus umschreibt Paulus in fr. 8 pr. de pericul. (18. 6) so: es müsse das quid, quale, quantum des zu übertragenden Gegenstandes feststehen. Dabei ist aber ein Mißverständniß nicht unmöglich, insofern daraus nicht Nothwendigkeit folgt, daß es sich de ea re ipsa praestanda vel restituenda [13]) handeln muß. Es darf also die Sache nicht lediglich abstract, ihrem Begriffe nach, als genus, bezeichnet, sondern muß concret, als species, Gegenstand der Obligation sein. Ein Begriff, ein genus, kann nicht beschädigt, nicht übertragen werden; wenn nicht eher, so wird dasselbe im Moment der Ausführung (Tradition) specialisirt, und durch dieselbe ist es zugleich unserer Frage entrückt. Endlich erfordert das corpus noch, daß die Sache im Vermögen dessen ist, der veräußern will; sie kann aus keinem Vermögen herausgehen, in dem sie nicht ist (cfr. unter Verkauf einer fremden Sache). —

Machen wir nun an den einzelnen Obligationen die Probe.

1. Beim Kauf einer species hat die Entscheidung der Quellen, daß perfecta emtione Käufer den casus trage, vielen Anstoß erregt. Motivirung und Construction erschien so schwer, daß selbst Cujacius [14]) nach vergeblicher Opposition sich nur vor der brutalen Thatsache beugte. Und doch ist die Unhaltbarkeit der anderen Entscheidung unverkennbar: auch wenn der Käufer das Kaufgeld nicht zu zahlen brauchte, wäre er vom casus betroffen, ihm gilt ja die gekaufte Sache mehr als das Geld; andererseits wäre aber Verkäufer nicht entschädigt,

---

13) §. 2, 3. J. quibus modis (3. 14).

14) Wächter a. a. O. Not. 3 S. 190. Goose, De casu not. 47, wo auch die Schriftsteller angegeben sind, die der ersten oppositionellen Ansicht des Cujacius folgten.

ihm gilt eben das Geld mehr als die Sache. Die andere Entscheidung wäre der Gerechtigkeit des heiligen Crispinus sehr ähnlich, ja noch schlimmer: man schädigt beide und entschädigt keinen. Mommsen[15]) motivirt die Quellenentscheidung damit, daß nach dem Begriffe des Kaufes einer sofortigen Erfüllung nichts im Wege stehe. Eine Verspätung sei accidentell und ihre Folge daher für den Richter irrelevant. — Mommsen construirt oder vielmehr umschreibt den Vorgang — in hoffuungsloser Resignation, da nichts Anderes übrig bleibe — durch die Fiction der Erfüllung[16]) — der Tradition, die im Momente der Perfection des Kaufes eintritt: er fingirt also, daß nudo pacto Eigenthum übertragen sei. Von allem Andern abgesehen, genügt, daran zu erinnern, daß damit der eben von Mommsen so eingehend widerlegte Satz: casum sentit dominus wieder anerkannt wäre. Käufer trüge den casus als fingirter dominus. Diese Fiction ist also ebenso falsch in ihrem Ursprung, als, wie dies Jhering am mehrfachen Verkaufe schlagend nachgewiesen, unerträglich in ihren Consequenzen. — Die Wendungen der Quellen: est perinde acsi traditus fuisset[18]), in denen man die Fiction der Tradition gefunden haben will, bieten lediglich einen Vergleich, der eben auf das von mir aufgestellte Princip hin-

---

15) Beiträge I. 349 f. — Lippmann, in diesen Jahrbüchern VII. S. 28 f., begründet die Entscheidung, daß Käufer (speciei) den casus trage — aus einem „Gegenseitigkeitsprincipe"; Regelsberger, im Archiv für civ. Praxis Bd. 49 (1866) S. 203 aus Billigkeitsrücksicht, weil Verkäufers Dispositionsbefugniß materiell beschränkt sei.

16) Ebenso Fuchs l. c. 111. Koch, Recht der Forderungen I. 192. Ude im Archiv für civilist. Praxis Bd. 48 S. 398.

17) Diese Jahrbücher III. 466 f.

18) fr. 5 §. 2 de resc. vend. (18. 5), fr. 14. fr. 15 de jur. dot. (23. 3).

weiset[19]). Die res gehört — in dieser Beziehung dem Verkäufer gegenüber — schon jetzt dem Käufer, wie sie ihm gehören würde, wenn er Eigenthümer wäre. Die Tradition vergrößert das materielle Recht des Käufers nicht mehr[20]), sie sichert es nur Dritten gegenüber[19]). Daß die Tradition ohne causa unwirksam ist[21]), bestätigt, daß das dominium übertragen wurde, nicht damit, sondern weil die Sache dem Empfänger gehöre. Die Tradition ist Wirkung, nicht Ursache des Vermögensüberganges. Daher kann in derselben die Grenzscheide der Vermögen nicht gesucht werden. Mommsen bezeichnet sie mit Recht als accidentell. Ihn ergänzt Windscheid: die Perfection sei nicht bloß begrifflich, nicht bloß gleichsam, sondern wirklich die Erfüllung. Verkaufen heiße nicht, sich entäußern wollen, sondern sich entäußern (venum dare[22])). Daher habe Käufer, sobald der Verkauf perfect sei, die Sache in seinem Vermögen und trage den casus[23]).

Dies Letztere trifft für emtio venditio speciei zu. Die Perfection ist in der That die Grenzscheide der Vermögen. Bis dahin war die Sache nicht in dem des Käufers[23]), er

---

19) Vergl. besonders fr. 13 §. 17 de act. e. v. (19. 1).

20) Die Römer lassen Verkäufer auch ja nur habere licere prästiren fr. 30 §. 1 de act. e. v. (19. 1).

21) fr. 31 pr. de acquir. rer. dom. (41. 1). Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa caussa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. cfr. Keller, Pandekten §. 127; Puchta, Pandekten §. 148; Vorlesungen (Aufl. 5) S. 326.

22) Dies sagt auch das Wort distrahere; cfr. c. 4, c. 6 de p. et c. (4. 48).

23) Heidelberger kritische Zeitschrift II. 136 f. Windscheid fügt gleich hinzu: diese Auffassung passe weder für den nicht perfecten Kauf, noch für die Miethe, und im Pandektenrecht §. 390 modificirt er: es werde so angesehen, als ob die Sache schon in

trug daher den casus nicht. Emtione perfecta trägt er ihn, denn der Verkäufer hat sich seinem Willen unterworfen, und zwar nicht im Hinblick auf einen allgemeinen Werth, sondern auf diese concrete Sache. Diese tritt damit in die Rechtssphäre — das Vermögen — des Käufers [24]). Die oben erwähnten Merkmale des Vermögensüberganges liegen vor: der bündige unbedingte Wille der Contrahenten, diese concrete Sache zu übertragen. Daß die Unterwerfung des Verkäufers keine absolute ist — daß er Persönlichkeit bleibt und die Möglichkeit behält, sich gegen die übernommene Beherrschung aufzulehnen, ändert daran nichts. Auflehnen kann sich auch der Sklave. Die Zwangsmittel sind freilich verschieden, hier wesentlich präventiv und in rem (Nichtigkeit), dort repressiv und in personam (der drohende Ersatz), aber es bleiben Zwangsmittel, es bleibt also die Herrschaft. Ihr entspricht das Vermögen [25]). Daß Verkäufer das dominium rei, die formale Herrschaft noch behält, während die materielle schon auf den Käufer übergegangen ist, dürfte keinen Anstoß erregen. Derartiges kommt mehrfach vor. Ich erinnere an die verpfändete Sache, an die Reservation des Eigenthums bis zur Zahlung des Preises trotz der Tradition, an die dos durante matrimonio [26]). Diese

---

den Vermögenskreis des Käufers übergegangen sei. Ebenso Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht I. 29—31. — Weshalb wird es so angesehen, als ob es so sei? — Weil es so ist. Dies beweiset eben das von Windscheid citirte fr. 13 §. 13 de act. e. v. (19. 1).

24) Daher sagt fr. 5 §. 2 de resc. vend. (18. 5) — — emtori pereat — —.

25) So erklärt das Vermögen Förster, Preuß. Priv.-Recht I. 308.

26) fr. 75 de jur. dot. (23. 3) c. 30 cod. (5. 12) cfr. Keller, Pandekten §. 397 S. 740.

Doppelbeziehung kann zu Conflicten führen, wie wir sehen werden, allein diese erledigen sich doch nach einem einfachen Gesichtspunkte: Dritten gegenüber gilt wesentlich nur die formal gesicherte Rechtssphäre — das Eigenthum — als allgemein kenntlich, dagegen unter Contrahenten dem besonderen Vertrauensverhältnisse entsprechend, die materielle Rechtssphäre — das Vermögen. Zwischen ihnen allein schwebt die Frage: wer trägt den casus?

Es ist demnach nichts Auffallendes, daß Käufer nach casuellem Untergange der Sache zahlen muß. Verkäufer hat die Sache pflichtmäßig in das Vermögen des Käufers gebracht[27]) und wir können ihn so wenig des pretium verlustig gehen lassen, als den Geschäftsführer, dem ohne eigene culpa eine Sache des Herrn abhanden kommt, zum Ersatze verbinden. Beide haben geleistet. Es ist dem Käufer gleichgültig, ob die Sache bloß in seinem Vermögen oder auch noch in seinem Eigenthume unterging. Die exceptio rei non traditae ist beseitigt, sie geht nur gegen den Verkäufer, der dem Uebergange in das Vermögen den Uebergang in das Eigenthum dolos oder culpos nicht folgen läßt. Die actio venditi hat Statt. Somit wären wir zu demselben Resultate wie Wächter gelangt, ohne dem Einwurfe Mommsen's, daß die actio venditi nur begründet sei, wenn der Käufer befriedigt worden[28]), ausgesetzt zu sein.

---

27) Daher sagt Pomponius bei Gelegenheit der verborum obligatio: — resolvitur aut naturaliter aut civiliter: naturaliter velut solutione aut quum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit — — fr. 107 de solut. (46. 3).

28) Beiträge I. 347 f., weil nach römischem Rechte die zweiseitigen Obligationen und namentlich der Kaufcontract nicht zwei Obligationen seien, sondern nur eine. — Ich verkenne nicht, daß diese Auffassung vorwiegt, aber da im täglichen Leben das praktische Re-

2. Beim Verkaufe einer fremden Sache kann nach der bisherigen Theorie durch die Fiction der Erfüllung der Verkäufer, wenn die Sache casuell untergeht, möglicher Weise das Kaufgeld völlig lucriren. Vor dieser bedenklichen Consequenz rettet sich Ihering[29]) in der angezogenen Abhandlung durch die Annahme, daß im Kaufe ein eventueller Versicherungsvertrag liege. Der Umweg scheint entbehrlich. So lange die Sache nicht in das Vermögen des Verkäufers gekommen, — d. h. so lange sie nicht ejus periculo war, — konnte sie (aus Mangel am corpus) nicht aus dem Vermögen des Verkäufers in das des Käufers übergehen. Also trägt Käufer den casus nicht, er braucht das pretium nicht zu bezahlen.

Der mehrfache Verkauf einer Sache reducirt sich auf den Verkauf der fremden Sache. Mit der Perfection des ersten Vertrages hat sie das Vermögen des Verkäufers verlassen.

Hier entsteht aber eine Schwierigkeit. Wer ist der erste Käufer? Das wird in vielen Fällen gar nicht zu beantworten sein, z. B. zwei socii haben zu gleicher Zeit verkauft. Dann können wir nicht vermeiden, den Verkäufer entscheiden zu lassen, in wessen Vermögen die Sache gekommen sei, und dies empfiehlt sich für alle Fälle, wo eine Sache Mehreren verkauft worden. Der zur Zahlung angehaltene Käufer kann sich nicht

---

sultat gilt, werden die Römer jene mehr deutsche Auffassung nicht ganz entbehrt haben (vergl. den Sprachgebrauch: emtio — venditio), z. B. in der Frage: wer den casus trage.

29) Diese Jahrbücher B. III. 472 folg. — Uebrigens sprechen auch die Quellen gegen den Anspruch des Käufers auf das Kaufgeld im vorliegenden Falle cfr. fr. 29 pr. de evict. (21. 2), fr. 84 §. 5 de legat. I. (30), fr. 35 §. 4, fr. 34 §. 3 de contrah. emt. (18. 1); — für den mehrfachen Verkauf vergl. fr. 51 §. 1 in f. de re jud. (42. 1), fr. 57 de R. J. (50. 17). — Goose, De casu 30 sq.

beklagen, die andern werden es nicht. Dazu kommt, daß ja nicht der casus diese Wahl veranlaßt, Verkäufer wird, wenn kein casus eintritt, auch wählen und dem liefern, dessen Gegenleistung ihm am liebsten ist. Die Motive, welche den Verkäufer bestimmen, diesen und keinen andern Käufer herauszugreifen, erleiden durch den Eintritt des casus keine Aenderung. Und noch Eins. Eben hier macht sich der Einfluß des formellen Rechts geltend, da das materielle nicht klar erkennbar ist. Verkäufer war Eigenthümer. Nähme man ihm das Wahlrecht, so würde man dem Käufer nach der Perfection des Vertrages schon vor der Tradition ein dingliches Recht einräumen.

Auch Ihering gestattet dem Verkäufer die Wahl, läßt sogar — consequent seiner Versicherungstheorie — zu, daß Verkäufer noch einen andern Käufer auf das Kaufgeld belange, wenn ihn der erste nicht oder nicht ganz befriedigt hat. Nach meiner Ansicht entscheidet die erste Wahl (Forderung des pretium) definitiv, wessen Vermögen betroffen ist. Nur dieser muß zahlen. Verkäufer kann das Kaufgeld nicht mehrere Male fordern, geschweige denn erhalten. Er kann ja auch nur einem Käufer die etwa deteriorirte Sache tradiren, bezw. etwaige Klagen gegen Schädiger cediren[30]).

3. Die Anwendung meiner Regel auf den Kauf einer zukünftigen Sache[31]). Konnte Verkäufer eine Sache, die nicht in seinem Vermögen war, nicht in ein anderes übertragen, so kann er dies noch weniger eine Sache, die noch

---

30) cfr. fr. 35 §. 4 de contrah. emt. (18. 1).

31) Der Kauf ist nicht unter der Bedingung abgeschlossen, daß die Sache zum Dasein komme (B.G.B. für das Königreich Sachsen §. 1083). Eine Bedingung ist Theil des animus, hier aber wird der Vermögensübergang wegen des corpus gehindert.

nicht existirt. Vorher trägt also Käufer nicht den casus. Anders beim Hoffnungskaufe, wo die Hoffnung vollständig den Charakter einer species hat, auch im Vermögen des Käufers vor der Perfection des Geschäftes war.

Hier sei noch erinnert, daß die Bedeutungslosigkeit der Tradition für den Vermögensübergang sich am Hoffnungskaufe besonders erweiset, da so wenig Tradition wie Eigenthum an einer Hoffnung denkbar ist.

4. Betrachten wir den alternativen Kauf. — Es liegt hier eine Mehrheit von Objecten vor, diese sind aber jedes einzelne concret bezeichnet. Es heißt zwar nicht: „Diese Sache und keine andere", wie in der Regel, aber doch: „diese Sache oder diese andere [32])". Die alternative Obligation ist daher eine erweiterte obligatio speciei. Wie bei der Correalobligation plures rei promittendi, so bei der alternativen Obligation plures res debitae. Wie dort durch die Leistung eines der Schuldner die ganze Obligation erlischt, so hier durch die Tradition einer der Sachen. Jede Alternative ist in obligatione, aber nur eine in solutione [33]). Jede ist daher perfecta emtione vom Verkäufer aus seinem Vermögen in das des Käufers hinübergebracht, jedoch mit der Modification, daß es keine der anderen sei. Unter dieser Beschränkung trägt also Käufer das periculum casus für jede der Alternativen, ebenso wie es beim Kaufe einer species der Fall war. Die erwähnte Modification erledigt sich, wenn eine der Alternativen tradirt ist, oder wenn die Lieferung der andern ohne Schuld des Debitor unmöglich geworden ist. In diesem

32) fr. 75 §. 8 de V.O. (45. 1).

33) cfr. fr. 128 de V.O. (45. 1) utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem.

Falle hat sich die alternative Obligation auf eine einfache obligatio speciei reducirt [34]). Ist noch eine Alternative vorhanden, wenn auch deteriorirt, so muß der Gläubiger gegen ihre Tradition zahlen; ist auch sie casuell untergegangen, so muß er dennoch zahlen. Käufer trägt also jedenfalls das periculum einer casuellen Deterioration der letzten Sache, das periculum casuellen Unterganges aber stets für eine Sache: er muß das pretium immer zahlen [35]).

5. Daß dies anders ist beim generischen Kaufe, hat vielfach Anstoß erregt. — Hier ist das Object eine nach Einheiten bestimmte Vielheit, z. B. 100 Last Getreide.

Liegt zwar auch eine Vielheit vor, ist sie aber nicht nach Einheiten bestimmt, z. B. die auf dem Speicher Nr. 10 lagernden Lasten Getreide, so treffen entweder die Voraussetzungen des gewöhnlichen oben beschriebenen Kaufes einer species zu, wenn uno pretio gekauft worden, oder es ist ein Geschäft ad mensuram (nach Maßen) gemeint, wenn der Preis nach Einheiten bemessen ist, d. h. so viel gezahlt werden soll, als geliefert werde. Dies ist ebenfalls ein Specieskauf, der jedoch für die vorliegende Betrachtung nicht wesentlich ist [36]).

Es kann offenbar beim generischen Kaufe das Vermögen des Käufers bei Abschluß des Geschäftes noch nicht um den

---

34) fr. 95 pr. de solut. (46. 3), fr. 34 §. 6 de contrah. emt. (18. 1), fr. 11 §. 1 de legat. II. (31); fr. 9 §. 2 de fundo dot. (23. 5); fr. 55 ad leg. aqu. (9. 2); fr. 2 §. 3 de eo quod certo loco (13. 4); fr. 16 pr. de V. O. (45. 1).

35) fr. 34 §. 6 de contrah. emt. (18. 1) verb. unus enim utique periculo emtoris vixit.

36) fr. 35 §. 5—7 de contrah. emt. (18. 1), cfr. fr. 62 §. 2 eod.; — fr. 1 §. 1 de periculo (18. 6); — fr. 37 de V. O. (45. 1). — Siehe besonders in diesen Jahrbüchern IV. S. 366 f.

Gegenstand, z. B. 100 Last Getreide, vermehrt sein; denn wo sind sie? Es ist nur angegeben, wie das Quantum des Getreides gefunden werden soll, es ist in obligatione nur ein Rahmen, ein Begriff, ein Abstractum [37]). Die nächste Aufgabe ist also, das bezeichnete Object zu suchen. Ehe es vorliegt, kann es dem Käufer nicht untergeben, dieser den casus nicht tragen. Es muß dem Abstractum das entsprechende Concretum substituirt werden, dem genus die species. Dies geschieht im Momente der Leistung. — Die species ist nicht in obligatione. So lange die Obligation bleibt, liegt also auch eine generische Verbindlichkeit vor. Die Substitution der Species würde eine Verwandlung, d. h. ein Erlöschen dieser Verbindlichkeit bewirken, das, abgesehen von einem neuen Vertrage oder einer besonderen Clausel bzw. Qualification des Vertrages, nicht anders erfolgen darf als durch die Leistung. Erst mit der Leistung also darf die species in den Rahmen des genus treten, bis dahin kann den Käufer keinerlei periculum treffen. Die Quellen lassen ihn den casus erst tragen in Folge des admetiri, adnumerare u. s. w. Darunter hat man zwar vielfach eine Specialisirung des Objectes vor der Leistung verstanden — Individualisirungstheorie —, allein Ihering hat die Unhaltbarkeit dieser Auffassung dargethan und die soeben kurz entwickelte Lieferungstheorie eingehend begründet [38]). Hier wird sich gleich noch ein Anhalt für dieselbe ergeben.

---

37) fr. 75 §. 1 de V. O. (45. 1).

38) a. a. O. — Die Lieferungstheorie behauptet schon Bender, Handlungsrecht (1824) I. 184. — Ueber den lateinischen Sprachgebrauch siehe noch Varro de r. r. II. 2, 6: „Grex venditus dominium non mutat nisi sit aes adnumeratum", d. h. nach §. 41 J. de rer. divis. (2, 1) solutum. Für die Lieferungstheorie spricht noch besonders fr. 42 de jure dot. (23. 3) verb. restituat; c. 2 de periculo (4. 48)

Ehe die species der generischen Bezeichnung substituirt worden ist, existirt sie — wenn auch schon in rerum natura, doch — noch nicht als Object der Obligation, ist mithin als solches zukünftig. Daraus ergeben sich dieselben Voraussetzungen wie beim Kaufe einer künftigen Sache und hat das Recht denn auch dieselben Folgen eintreten lassen. Geht das ganze genus oder correcter [39]): gehen alle Einheiten, welche der in der Obligation angegebenen abstracten Beschreibung entsprechen, casuell unter, so ist der Vermögensübergang aus Mangel am corpus gehindert, Käufer braucht also das Kaufgeld nicht zu bezahlen [40]).

Hieran hat man sich vielfach gestoßen, besonders die Anhänger der Individualisirungstheorie. Sie berufen sich dabei stets auf die andere Entscheidung beim alternativen Kaufe. Allein die Aehnlichkeit ist doch nur sehr äußerlich. Dort wie hier liegt eine Mehrheit von Sachen vor. Bei der generischen Obligation kann freilich auch wie bei der alternativen Obligation die Zahl derselben begrenzt sein, allein dies ist bei der abstracten Bezeichnung völlig einflußlos auf die rechtliche Beurtheilung; bei der alternativen Obligation muß dagegen die Zahl begrenzt sein, weil jede Sache individuell bezeichnet ist. Dort

---

verb. tradantur; gegen die Individualisirungstheorie fr. 39 de solut. (46. 3): „Deposition wäre doch Individualisirung". — Jhering ist trotz einiger Opposition auch noch nicht widerlegt, cfr. Windscheid, Pandektenrecht §. 390 [8], Förster, Preuß. Privatrecht I. 721. — Eine Mittelmeinung vertritt Regelsberger, Archiv für civ. Praxis (1866) Bd. 49 S. 183 f. —

39) Denn ein Begriff kann nicht untergehen (genus non interit). Daher ist es auch einerlei, wie viele Einheiten dem Begriffe entsprechen, ob ein s. g. begrenztes oder unbegrenztes genus vorliegt.

40) fr. 35 §. 7 de contrah. emt. (18. 1), fr. 35 §. 5 eod., fr. 1 §. 1 de periculo (18. 6), fr. 30 §. 5 ad leg. Falcid. (35. 2). —

abstracte, hier concrete Beschreibung. Ein principieller Gegensatz, nicht ein quantitativer Unterschied. Hier — bei alternativer Bezeichnung — sind alle Sachen Objecte der Obligation, dort — bei generischer — ist es keine.

Diese Verschiedenheit zeigt sich besonders, wenn der Verkäufer noch an Andere verkauft und diesen tradirt hat. Sind Alternativen Gegenstand des Geschäftes, so wird man nicht zweifelhaft sein, daß mehrfacher Verkauf einer Sache vorliegt [41]) und den Verkäufer, der nach casuellem Untergange der übrigen Alternativen nun nicht liefern kann, zur Leistung des Interesse verurtheilen. Nicht so beim generischen Verkaufe. Es kauft z. B. A. von den zehn Pferden des B. zwei; ehe diese tradirt sind, verkauft B. andere zwei davon an C. und tradirt diese sofort. Darauf werden die übrigen acht vom Blitze erschlagen, ohne daß dies dem B. imputirt werden kann. Wenn nun A. auf Lieferung, bezw. Interesse klagt, so wird er abzuweisen sein, obwol noch zwei Pferde — die jetzt dem C. gehörigen — von den zehn leben. Waren diese zwei in obligatione? — Nein. Warum sollte B. sie also nicht (natürlich von dolus abgesehen) fortgeben [42])? — Klagt andererseits B. auf das pretium, so wird auch diese Klage abgewiesen, da keine bestimmten Pferde in obligatione waren, mithin keine in das Vermögen des A. gekommen sind.

Diesen principiellen Gegensatz zwischen alternativem und generischem Kaufe verkennen die Anhänger der Individualisirungstheorien [43]). Sie verwechseln abstractum und

---

41) Dies ändert auch ein Wahlrecht des Gläubigers nicht, cfr. fr. 95 §. 1 de solut. (46. 3) verb. sane, und hiezu Mommsen, Beiträge I. 314 Not. 12.

42) Vergl. fr. 31 locati (19, 2).

43) Thöl, Handelsrecht §. 73 Not. 8: Ohne fr. 35 (18. 1)

concretum, indem sie das genus auf die species reduciren. So erklärt sich denn ihre Verwunderung darüber, daß beim generischen Verkaufe Käufer nicht einmal den casuellen Untergang einer Einheit trägt, wie beim alternativen Kaufe. Sie halten die alternative Obligation für eine verengerte generische, während sie, wie wir sahen, eine erweiterte obligatio speciei ist.

6. Eine dem Kaufe eingefügte Suspensivbedingung hindert während ihrer Pendenz den Vermögensübergang [44]). Sonst könnte man seine eigene Sache ja nicht sub condicione kaufen. Wird nun die Bedingung existent und kann noch der Vermögensübergang stattfinden, so geht die Sache über, auch wenn sie casuell deteriorirt ist; ist sie aber ganz untergegangen, so kann trotzdem, daß der animus transferendi jetzt perfect geworden ist, aus Mangel am corpus

---

möchte man nach allgemeinen Grundsätzen (Wächter a. a. O. 189. 200) und nach fr. 34 §. 6 (18. 1) den Käufer zur Zahlung des Kaufgeldes verbindlich halten. — (Fr. 35 handelt vom generischen, fr. 34 § 6 vom alternativen Kaufe.) — Mommsen, Beiträge I. 340 f. Er erklärt den Unterschied daher, weil die Römer den generischen Kauf im Gegensatze zum alternativen als bedingt — durch die Ausscheidung angesehen hätten; fr. 35 §. 5 (18 1): quasi sub hac conditione. — Dies ist ein Vergleich, der nur hinsichtlich des Resultates zutrifft. Das Oestreich. B.G.B. §. 907 erklärt ebenso den alternativen Kauf als unter der Bedingung der Wahl abgeschlossen. Dies tadelt mit Recht Unger, System des Oesterreich. allgemeinen Privatrechts I, 495. 25; fr. 138 §. 1 de V. V. (45. 1) quum pure stipulatus sim illud aut illud. Vergl. oben Note 31. — Auch Regelsberger a. a. O. S. 204 f. übersieht diesen Grund der abweichenden Entscheidungen beim generischen und Species-Kauf.

44) Daher bestimmt fr. 4 pr. de in diem add. 1 (8. 2): ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum posse, nec fructus ad eum pertinere. — cfr. fr. 31, 98 de V. O. (45. 1).

nun kein Vermögensübergang stattfinden. Käufer braucht nicht zu zahlen. Es stimmt also durchaus zu meinem Satze, daß Verkäufer den zufälligen Untergang, Käufer die zufällige Verschlechterung trägt [45]). — Die Resolutivbedingung bietet keine Schwierigkeit.

7. Die Entscheidungen beim **commodatum, depositum pignus** [46]) als **contractus regulares** erklären sich einfach durch das beim Kaufe einer **species** Angeführte, die bei denselben Contracten als **irregulares**, sowie beim **mutuum** [46]) durch das beim generischen Verkaufe Gesagte. Es sei noch auf die oben angezogene **c. 9 de pign. act. (4. 24)** verwiesen. Auch die Innominatcontracte widersprechen meiner Regel nicht [47]).

8. Wichtig ist es, die Entscheidungen über das Tragen des **casus** bei der Miethe mit dem von mir aufgestellten Principe zu vergleichen. Es ist Regel, daß der Miether nur so weit zahlt, als er durch den **casus** nicht behindert ist, zu genießen. Der **casus** vernichtet also die Obligation [48]). Dasselbe Resultat ergab sich schon bei dem generischen und dem Kaufe einer **res futura**. Die Vermuthung derselben Ursache liegt nahe und wird bestätigt durch **fr. 1 de oper. servor. (7. 7): opera in actu consistit nec ante in rerum natura est quam**

---

45) fr. 8 pr. de peric. (18. 6), c. 5 eod. (4. 48).

46) fr. 18 pr., fr. 5 §. 4, fr. 12 §. 1, fr. 20 commodati (13. 6) §. 2, quibus mod. (3. 14); §. 3 eod., fr. 20, fr. 14 §. 1 depositi (16. 3); — §. 4 quibus modis (3. 14); fr. 30 de pign. act. (13. 7), c. 5. 6. 8 eod. (4. 24). — fr. 9 §. 9 de reb. cred. (12. 1), fr. 1 §. 4 de O. et A. (44. 7). —

47) Goose, De casu 45 sq.

48) fr. 9 §. 1, 4, fr. 27 §. 1, fr. 30 pr. 1 locati (19. 2) etc.

si dies venit, quo praestanda est; quemadmodum si stipulemur, quod ex Arethusa natum erit [49]). — Es liegt also dieselbe Geschäftsconstruction vor, wie sie in der emtio venditio rei futurae sich zeigt. Dieselbe Voraussetzung trifft auch bei der locatio conductio rerum zu. Die res ist nur das Vehikel, das Genießen bzw. Genießenlassen der Gegenstand des Vermögensüberganges. Dies aber ist nur so weit existent geworden, als Miether genossen bzw. Vermiether die Gelegenheit dazu geleistet hat [50]). Wird daher die Sache casuell unbrauchbar, so ist der Vermögensübergang von jetzt ab verhindert — Vermiether kann also nicht ferner die Gegenleistung beanspruchen.

Ihre Verwandtschaft mit dem Kaufe zeigt die Miethe noch deutlicher, wenn sie ein opus zum Gegenstande hat [51]). Es wechseln sogar die Namen, jenachdem die Materie vom Ar-

49) fr. 54 §. 1 de V. O. (45. 1): Operarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur. — Vergl. Mommsen, Beiträge I. 351 Not. 19. Molitor, les obligations, ist mir leider nicht zugänglich geworden. Die Aehnlichkeit zwischen dem Kauf einer res futura und der loc. cond. oper. hebt auch Unterholzner hervor, aber ohne Gebrauch davon zu machen; Schuldverhältnisse §. 241 (I. S. 515 unter 2), §. 454 III. 6, §. 501.

50) Hierauf dürfte sich auch die Eintheilung der Obligationen in solche mit Vor- und Nachleistung (loc. cond.), und solche mit Gegenleistung (Kauf) zurückführen lassen. Diese Eintheilung haben Sintenis, Civilrecht II. §. 106. v. d. Pfordten, Abhandlungen S. 324, Förster, Preuß. P.R. I. S. 723. — Nach Obigem ergibt sich jedoch, daß der Kauf, jenachdem eine species oder eine res futura bzw. genus in obligatione ist, bald in die eine, bald in die andere Klasse gehören würde.

51) fr. 2 §. 1 locati (19. 2). Mommsen a. a. O. §. 31.

beiter oder Arbeitgeber geliefert wird [52]). In jenem Falle sprechen die Quellen von einem Kaufe und es genügt, auf das oben Gesagte für die Rechtfertigung meiner Regel zu verweisen. Der Vermögensübergang ist vollendet, sobald das opus fertig ist, wenn die Materie speciell bestimmt worden; ward sie nur in genere angegeben, erst mit der Ablieferung [53]). Liefert aber der Arbeitgeber die Materie, so bleibt diese in seinem Vermögen. Gegenstand des Vermögensübergangs ist die Thätigkeit des Arbeiters, die nach fr. 1 de op. serv. (7, 7) als res futura sich erweiset. Nur wird diese Thätigkeit hier nicht nach der Zeit bemessen, sondern nach ihrem Resultate, sie geht also nicht in continuirlichem Flusse, so zu sagen atomweise in das Vermögen des Arbeitgebers über, sondern erst, wenn das opus fertig ist, dann erst trägt dieser den casus und muß die Gegenleistung geben.

Die Fälle, wo eine Fracht- oder Personenbeförderung Gegenstand der Miethe ist, bieten für meine Erklärung keine Schwierigkeit.

Es entscheidet also bei der Miethe durchaus dasselbe Princip über das Tragen des casus, welches beim Kaufe, beim

---

52) fr. 2 §. 1 cit. fr. 20 de contrah. emt. (18. 1). Nicht die Lieferung der ganzen Materie ist erforderlich, sondern der Hauptsache.

53) fr. 1 §. 6 de pollicit. (50. 12). cfr. fr. 33 locati (19. 2) verb. Quemadmodum. — So auch Mommsen, a. a. O. 366, aber warum denn Individualisirungstheorie? Die Verarbeitung zu dem bestellten opus wäre doch Ausscheidung. — Es ist zweifelhaft, ob der Empfänger erst nach Approbation den casus trage. Dafür ist fr. 36. 37. 62 locati (19. 2) angeführt, allein es scheint daselbst vom periculum culpae gehandelt zu sein. Darauf möchte auch der Sinn der Approbation deuten. Mommsen 371; Goose, De casu 49.

perfecten wie imperfecten (cfr. Not. 23), beim generischen, wie beim Kaufe einer species und res futura sich als Motiv erwies: den casus trägt immer der, in dessen Vermögen er sich ereignet hat. —

Somit dürfte die Richtigkeit dieses einheitlichen Principes erprobt sein und ich will nur noch auf Eins verweisen, das sich nicht bloß auf die Miethe, sondern auf alle Obligationen bezieht und besonders deshalb das von mir aufgestellte Princip zu empfehlen geeignet ist, weil dasselbe dadurch in einem anderen Rechtsinstitute zur Lösung einer Streitfrage beitragen dürfte: ob nämlich für die mora accipiendi erforderlich ist, daß die Verzögerung dem creditor imputirt werde.

Wenn sich an der Person des Miethers ein casus ereignet, so daß er die gemietheten und zu seiner Verfügung gestellten Sachen oder Dienste nicht genießen und benutzen kann, so muß er dennoch die merces zahlen [54]). Wie weit, richtet sich danach, ob dieselbe zeitlich oder in folle bestimmt war und nach Umständen (ob Vermiether anderweit merces gezogen hat oder ziehen konnte), die hier irrelevant sind.

Dasselbe muß m. E. bei den andern Obligationen angenommen werden, wenn die gehörig offerirte Leistung vom Creditor aus casuellen Hindernissen nicht angenommen wird. Trug er das periculum casus der offerirten Sache noch nicht

---

54) fr. 19 §. 9, fr. 38 pr., fr. 61 §. 1 locati (19. 2), fr. 10 pr. de leg. Rhodia (14, 2), — cfr. fr. 19 §. 10, fr. 38 §. 1 locati; fr. 1 §. 13 de extraord. cogn. (50, 13); c. 11 de cond. ob. c. d. (4. 6). Windscheid in der Heidelb. krit. Zeitschrift II. 138 f. Mommsen, Beiträge I. 354 etwas abweichend; — v. Vangerow, Lehrb. III. 241.

wie bei generischen und alternativen Obligationen, so geht es jetzt auf ihn über. Zwar die Negative: **casus a nullo praestantur** reicht nicht aus, weil sich Gläubiger wie Schuldner darauf berufen kann, aber die aus ihr oben abgeleitete positive Regel motivirt die Entscheidung. Hätte Gläubiger angenommen, so wäre die Sache entweder gar nicht oder doch zweifellos in seinem Vermögen — sogar in seinem Eigenthume beschädigt worden. Eine später eintretende casuelle Unmöglichkeit zu liefern reducirt sich also auf das casuelle Hinderniß der Annahme. Dieses aber hat sich ebenso zweifellos im Vermögen des Gläubigers, an dessen Subjecte, ereignet. — Ferner ist aber die Sache durch die gehörige Oblation wirklich in das Vermögen des Gläubigers gebracht. Die Annahme derselben ist ebenso irrelevant wie überall der Gebrauch, den er von seinem Vermögen macht. Die Sache ist durch die Oblation zu seiner Verfügung. Damit ist fast wörtlich der Vermögensübergang gekennzeichnet. Die Oblation ist der Anfang der Leistung[55]), offerirt werden kann nur eine **species**. Schuldner mußte und durfte also die **species** dem **genus** substituiren, aus den Alternativen eine auswählen: er braucht keine andere Sache mehr zu liefern. Rechtlich ist also die Sache im Vermögen des Gläubigers, der Schuldner muß behandelt werden als der Inhaber einer fremden Sache. Er hat auch mit der Oblation seine Verpflichtung aus der Obligation erfüllt. Nach diesen beiden Gesichtspunkten richtet sich seine fernere Verbindlichkeit: er haftet nur noch für das niedrigste Maß **culpa** — es hieße ihn ja geradezu lädiren[56]), sollte er mit demselben Fleiße wie bisher

---

55) Zu beachten bei Anwendung der Lieferungstheorie. Windscheid, Pand.-Recht §. 390 Not. 8.

56) fr. 12 §. 1 de V. S. (50. 16).

verbunden bleiben. Andererseits laufen aber die Zinsen fort, weil aus dem Innehaben auf die Benutzung der Sache geschlossen werden muß, da er sich ihrer und somit jeder Verbindlichkeit entledigen kann durch gehörige Deposition.

Alle diese Folgerungen sind nun nicht bestritten, wenn die verzögerte Annahme dem Gläubiger imputirt werden kann[57]). Auf diesen Fall beschränken mehrere Rechtslehrer[58]) die mora accipiendi. Allein außer Obigem spricht dagegen, daß die culpa oder Willkür des Gläubigers wol geeignet ist, diesem zu schaden, aber nicht den Schuldner zu entlasten. Das kann nur durch Erfüllung seiner Obliegenheiten geschehen. Offerirte er nicht in gehöriger Weise, so mag der Gläubiger noch so culpos zögern, es tritt keine Folge der mora accipiendi ein.

In den Quellen scheint mir denn auch für dieselbe keine Imputation erfordert zu sein. Die Wendung: per creditorem stat, quominus sagt m. E. lediglich: Gläubiger ist das Hinderniß[59]). Es kann zugegeben werden, daß in den meisten Fällen, wo sie vorkommt, die Verzögerung imputabel ist — der Fall einer casuellen Zögerung wird vielleicht der weitaus seltnere sein —, aber daraus kann man nicht den Sprachgebrauch folgern, daß obige Wendung stets auf culpa oder Willkür deute.

Ist meine obige Deduction richtig, so wird daraus für Diejenigen, welche für die mora accipiendi ein subjectives

57) Cfr. u. A. fr. 5 de peric. (18. 6), fr. 39, fr. 72 pr. de solut. (46. 3).

58) Madai, Mora §. 36, Wolff, Mora §. 31 erachten culpa, Mommsen, Beiträge III. §. 14 Willkür für erforderlich.

59) Cfr. Not. 57 und besonders fr. 39 de solut. (46. 3) verb.: ex aliqua caussa.

Moment der Imputation nicht für erforderlich halten, sich ein nicht unwesentliches Argument ergeben.

Ich versage mir ein näheres Eingehen auf die Lehre von der mora und schließe mit diesem Ausblicke auf dieselbe ab, da es sich im vorliegenden Falle nur darum handelt, den Satz: den casus trägt der, dessen Vermögen betroffen ist, in seiner Richtigkeit und Wichtigkeit darzuthun.

III.

Zur Lehre von der negotiorum gestio.

Eine Vertheidigung der von mir aufgestellten Grundsätze.

Vom

Obergerichtsdirector Ruhstrat

zu Vechta im Großherzogthum Oldenburg.

Die Ansichten, welche ich in meiner 1858 erschienenen Schrift „Ueber negotiorum gestio" zu begründen gesucht habe, sind von einigen Schriftstellern günstig beurtheilt [1]), von anderen bestritten. Zu den letzteren rechne ich namentlich Jacobi [2]) und Windscheid [3]), theilweise auch Arndts a. a. O. Die Ausführungen von Jacobi und Windscheid liefern allein schon den Beweis, wie wenig es bis jetzt gelungen ist, auf diesem Gebiete zu Grundsätzen zu gelangen, die als unbestritten und praktisch anwendbar zu be-

---

1) Vergl. Zarncke's liter. Centralblatt 1858 Nr. 45 S. 715. Schletter's Jahrbücher Bd 5 S. 109—111. Theilweise beistimmend Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschrift I. Lit. S. 41 ff.

2) Jahrbücher für Dogmatik Bd 4 S. 215—228 (1861).

3) Pandekten §. 430, 431 (1866).

trachten sind, und daß eine Revision der Grundsätze dieses nicht unwichtigen Instituts und der über dieselben aufgestellten Ansichten immer noch nicht als überflüssig angesehen werden kann, obgleich schon so viel über diese Lehre geschrieben ist. Der Gang, welchen ich zu nehmen gedenke, ist folgender. Nach einleitenden Bemerkungen, welche vorläufig zeigen sollen, daß meine Auffassung dieser Lehre, namentlich des **utiliter gestum**, der Natur der Sache entsprechender sein dürfte, als die der Gegner, werde ich die in meiner Schrift nachgewiesenen Grundsätze kurz zusammenstellen und die wichtigsten derselben von neuen Gesichtspunkten aus zu begründen suchen. Dann sollen die Ansichten verschiedener anderer Schriftsteller, besonders auch die von Jacobi und Windscheid, einer näheren Betrachtung unterzogen werden.

Das Edict des Prätors: **si quis negotia alterius gesserit — — judicium eo nomine dabo**, war so allgemein gefaßt, weil es zugleich dem Dominus und dem Gestor eine Klage zusagte. Für die Klage des letzteren war aber, nach deutlichen Gesetzen, außerdem erforderlich, daß er **utiliter** gerirt hatte, was auch wohl allgemein zugegeben wird[4]). Daher ist es in Ansehung der Klage des Gerenten von besonderer Wichtigkeit, daß man eine dem Geiste der prätorischen Rechtsbildung entsprechende Auffassung des **utiliter gestum** zu gewinnen sucht. Bei dem Versuche, die römische Anschauung zu ergründen, wird aber vor allen Dingen zu beachten sein, daß diese ganze Lehre rein auf der Natur der Sache beruht,

---

4) l. 9 D. h. t. — — quod utiliter gestum est, necesse est, apud judicem pro rato haberi — — l. 12 §. 2 — — sufficit utiliter negotium gestum. — l. 2 D. h. t. Vergl. Chambon, die negotiorum gestio S. 62, wo mit Recht hervorgehoben wird, daß der Begriff der utilitas zu den praktisch allerwichtigsten in unserer Lehre gehört. Wächter, Archiv für civ. Praxis Bd. 20 S. 356.

was freilich von allen Seiten zugegeben wird, aber manche Schriftsteller nicht abgehalten hat, der natürlichen Auffassung dieser Verhältnisse völlig den Rücken zuzuwenden. — Wenn ein Gerent zur Begründung seiner actio n. g. contraria vorbrachte: 1) daß er animo obligandi dem Dominus eine Ausgabe erspart habe, indem er z. B. ein baufälliges Haus, an dessen Erhaltung dem Dominus gelegen war, gestützt habe, oder indem er eine Verbindlichkeit desselben erfüllt habe oder dergleichen, so fand mau es nicht zweifelhaft, daß utiliter gerirt sei[5]). Ob der Dominus die Handlung selbst hätte vornehmen können oder nicht, kam nicht weiter in Frage. Sie war einmal geschehen, und der Nutzen, das rechtliche Interesse des Dominus, war durch dieselbe befördert, denn es war dem Dominus eine Ausgabe erspart, die er hätte machen müssen, oder doch gemacht haben würde. War der nützliche Erfolg durch Zufall wieder beseitigt, so war er doch einmal wirklich vorhanden gewesen, was natürlich für genügend gehalten werden mußte[6]). — 2) Wenn der Gerent vorbrachte und nachwies: er habe eine nützliche und zugleich nutzbare Verwendung bewirkt, z. B. durch Wertherhöhung einer Sache, die vom Dominus zum Verkauf bestimmt war, oder dadurch, daß er ein nutzlos und unbenutzt gewesenes Grundstück cultivirt und mit Früchten bestellt habe[7]), so ließ sich ebenfalls nicht bestreiten, daß utiliter gerirt sei. Daß solche Fälle der neg. gestio, in welchen dieselbe in der That ein nutzbares Resultat geliefert hatte, zur Begründung der Klage des Gerenten genügten und auch jetzt genügen, wird denn auch im

---

5) l. 10 §. 1 D. h. t.

6) Auf diesem Felde kommt die so oft mißbrauchte l. 10 §. 1 cit. zu ihrer vollen Bedeutung.

7) Vergl. Windscheid, Pand. §. 421 Note 4.

Allgemeinen zugegeben. Ferner aber dürfte nicht zu bestreiten sein, daß der Gestor, welcher auimo negotia gerendi auf eine Sache des Dominus Verwendungen gemacht hat, die sich füglich wieder trennen lassen, mit der actio n. g. contraria auf Gestattung des jus tollendi klagen kann [8]. — Nun ist aber nach einer Reihe von Gesetzen nicht zu bezweifeln, daß ein utiliter gestum vorliegen kann, wenn auch **kein nützlicher Erfolg** der bezeichneten Art erzielt ist, und die Frage, wie diese Bestimmung der Gesetze verstanden und erklärt werden muß, ist der Punkt, welcher diese ganze Lehre so zweifelhaft und streitig gemacht hat. Wir haben also diesen Punkt, oder m. a. W. die Frage: aus welchen Gründen und unter welchen Voraussetzungen die römischen Juristen es als ein utiliter gestum ansehen, wenn der Gestor animo negotia gerendi Geld geliehen oder Sachen gekauft oder einen anderen Contract geschlossen hat, das geliehene Geld, die gekauften oder durch andere Verträge erworbenen Sachen aber, ohne culpa des Gerenten, nicht zur Verwendung gekommen sind, einer sorgfältigen Erwägung zu unterziehen. Ueber diese Frage, welche nach meiner Ansicht der Angelpunkt dieser Lehre ist, wird freilich sehr oft mit außerordentlicher Leichtigkeit hinweggegangen. Denn sie ist für die Auffassung mancher Schriftsteller ein Stein des Anstoßes, dem man gern aus dem Wege geht. Nehmen wir folgenden Fall. A. ist Eigenthümer und Besitzer eines Hauses, welches zur Vermeidung von Schaden nothwendig reparirt werden muß, und hat 100 Thaler liegen, die er nöthigenfalls zu der Reparatur verwenden kann. B. hat in der Absicht, diese Reparatur vorzunehmen, animo obligandi 100 Thaler geliehen, die zufällig verloren gegangen sind, oder er hat die erforderlichen Baumaterialien gekauft,

---

8) l. 3 §. 4 in fin. D. de in rem verso (15. 3).

welche durch Zufall untergegangen sind, und klagt mit der actio neg. gestorum auf Erstattung der 100 Thaler oder des für die Baumaterialien von ihm bezahlten Kaufpreises. Ein Nutzen der oben unter 1—3 bezeichneten Art ist offenbar nicht bewirkt. Denn B. ist Eigenthümer des geliehenen Geldes, der gekauften Materialien geworden, und wenn er auch die Absicht gehabt hat, diese Sachen für A. zu verwenden, so sind sie ja doch dem Eigenthum und Vermögen des A. vollständig fremd geblieben, da sie vor der Verwendung in dies Vermögen zufällig untergegangen sind. Der Gestor hat durch seine Thätigkeit weiter nichts bewirkt, als daß er durch die Anleihe oder den Ankauf sich selbst in den Stand gesetzt hat, das nothwendige Geschäft besorgen zu können. Er hat den Zustand seines eignen Vermögens verändert, aber zu einer Einwirkung auf das Vermögen des Dominus ist er nicht gekommen. — Dennoch hat es nicht an Versuchen gefehlt, hier einen reellen Nutzen des Dominus, eine dem oben unter 1 genannten Falle äquivalente Bereicherung herauszuconstruiren. So wird behauptet: durch den Ankauf von Sachen oder das Leihen von Geld zu nothwendigen Geschäften werde dem Dominus unter allen Umständen eine Ausgabe erspart. Ich will auf einige dieser Versuche schon hier etwas näher eingehen [9]).

Leist [10]) sagt: wenn zu einem nothwendigen Geschäft, z. B. zu der Reparatur eines Hauses des Dominus Geld geliehen ist oder Sachen gekauft sind, so ist die Geschäftsführung eine vollendete Thatsache geworden, folglich ist das

9) Ueber die Ansichten von Mühlenbruch und Heimbach vergl. meine angef. Schrift §. 4.

10) Das erlaubte ungerufene Eingreifen u. s. w. S. 94, 95, 158, 159. Vergl. auch meine Schrift S. 14 ff.

Geschäft der Reparatur selbst begonnen, wenn es auch zum Beginn der Reparatur noch gar nicht gekommen ist. Deswegen soll denn der Gerent hier gerade so behandelt werden, wie in dem zu Anfang unter 1 von mir angeführten Falle. Leist beruft sich für diese Ansicht auf die bekannte Bemerkung der l. 10 §. 1 D. h. t. über das **negotium utiliter coeptum**, die aber nach seiner Ansicht mit der Natur der Sache durchaus übereinstimmt. Sehen wir von dieser Bestimmung einstweilen ab, so läßt sich doch im Ernste nicht behaupten, daß durch die hier fragliche Thätigkeit des Gerenten dem Dominus eine Ausgabe erspart oder sonst ein Nutzen bewirkt ist. Er hat Geld geliehen oder Sachen gekauft, die in sein Vermögen übergegangen sind und allerdings dazu bestimmt waren, für den Dominus verwendet zu werden, aber in Wirklichkeit nicht für denselben verwendet sind. Die Sache verhält sich also wesentlich anders, als wenn die Reparatur wirklich begonnen oder vollendet wäre. Die Gleichstellung dessen, was der Gestor gethan hat, mit dem wirklichen Beginne der Reparatur, ist rein willkührlich und wohl nur aus dem Bestreben zu erklären, die Bestimmungen der Gesetze, um welche es sich hier handelt, mit unter den Gesichtspunkt der Impensenlehre zu bringen, unter den sie nun einmal nicht passen. Richtig ist, daß die Geschäftsführung durch die Thätigkeit des Gerenten eine vollendete Thatsache geworden ist, aber weiter als diese Thatsache liegt überall nichts vor. Ob und wiefern diese Thatsache dem Interesse des Dominus entsprechend gewesen ist, werden wir später sehen. — Auf die gesetzliche Vorschrift in Betreff des **negotium utiliter coeptum** werde ich zurückkommen. Schon hier mag indeß bemerkt werden, daß das Gesetz von der Natur der Sache abgewichen wäre, wenn es bestimmt hätte, daß die Eröffnung der Geschäftsführung zum Zweck der Reparatur dem wirklichen Be-

ginne der Reparatur gleich geachtet werden solle. Denn der natürliche Verstand wird sich nie einreden lassen, daß die Reparatur eines Hauses im Gange oder gar vollendet ist, wenn der Gestor zum Zweck derselben Geld geliehen oder Sachen gekauft hat.

Stintzing[11]) behauptet sogar, daß dem Eigner die ihm obliegende Last der Besorgung eines nothwendigen Geschäfts bereits vollständig abgenommen sei, sobald der Gestor durch Anleihen oder Ankäufe die Geschäftsführung eröffnet habe, während die natürliche Auffassung dieses Verhältnisses doch offenbar dahin führt, daß erst durch wirkliche Verwendung der geliehenen Gelder oder gekauften Sachen dem Dominus jene Last abgenommen wird. Wenn ein Gerent auf Entschädigung klagt, nachdem er zu einem nothwendigen Geschäfte, z. B. zu einer Reparatur, Sachen gekauft hat, die zufällig untergegangen sind, so würde er schwerlich Eindruck auf den Richter machen, wenn er zur Motivirung seiner Klage anführen wollte: ich habe dem Beklagten die ihm obliegende Last der Reparatur vollständig abgenommen. Man würde ihm antworten: das nothwendige Geschäft der Reparatur ist ja nach wie vor unerledigt, die Last des Dominus also geblieben, wie sie war. Man könnte der Sache vielleicht folgende Wendung geben: Der Gestor hat dem Dominus die Last abgenommen, weil er das erforderliche Geld geliehen, die nöthigen Sachen gekauft hat, denn Geld und Sachen gehörten bereits vor ihrem Untergange zum Vermögen des Dominus, weil er sie mit der actio n. g. directa in Anspruch nehmen konnte. Allein diese Auffassung würde unbegründet sein, weil die actio n. g. directa natürlich nur angestellt werden kann, wenn die

11) Kritische Zeitschrift Bd. 3 S. 175. Vergl. darüber meine Schrift S. 17, 18.

obligatio neg. gestorum besteht und es sich hier gerade um die Frage handelt, ob diese obligatio besteht, ob sie durch jene Thätigkeit des Gerenten begründet worden ist[12]. — Der Umstand übrigens, daß so ausgezeichnete Schriftsteller wie Leist und Stintzing keine besseren Gründe für ihre Ansichten aufzufinden gewußt haben, dürfte allein schon ergeben, auf wie schwachen Füßen die hier fragliche Auffassung beruht.

Jacobi[13]) geht davon aus, daß die Bestreitung nothwendiger Ausgaben schlechtweg als Ersparniß anzusehen sei, indem bei nothwendigen Geschäften die Einwendung, daß die Ausgaben trotz ihrer Nothwendigkeit nicht gemacht sein würden, grundsätzlich als unerheblich betrachtet werden müsse. So oft sich aber eine Ersparniß nachweisen lasse, liege der Nutzen (die Bereicherung) in dem Unternehmen selbst (negotium utiliter coeptum). Dafür werden in Note 74 l. 10 §. 1 und l. 22 D. h. t. angeführt. In l. 22 heißt es, daß der Gerent, welcher zu der Alimentation der Familie des Dominus Nahrungsmittel gekauft hat, trotz des zufälligen Unterganges derselben auf Entschädigung klagen kann. Danach nimmt Jacobi an, daß dem Dominus eine Ausgabe erspart ist, sobald der Gerent zu einem nothwendigen Geschäfte Sachen gekauft oder Geld geliehen hat. Darin liegt aber eben der Irrthum, indem der Gerent, wie schon oben bemerkt ist, durch solche Contractschließungen weiter nichts bewirkt, als daß er sich selbst in den Stand setzt, das nothwendige Geschäft des Dominus besorgen und demselben dadurch eine Ausgabe ersparen zu können, was aber für das Interesse des Dominus gleichgültig ist, wenn er selbst für sich sorgen kann. Diese

12) Vergl. darüber auch meine Schrift S. 13.

13) A. a. O. S. 222, 223. Vergl. darüber auch unten §. 5 Nr. 7.

Lücke in der Deduction wird keineswegs durch die Bemerkung beseitigt, daß der Nutzen in dem Unternehmen selbst liege. Wohl aber kommt Jacobi mit dieser Bemerkung auf die Ansicht Leist's zurück, denn das Geschäft ist unternommen, wenn die Geschäftsführung eine vollendete Thatsache geworden ist, und sobald Letzteres der Fall ist, sieht Leist das Geschäft selbst als begonnen an. Das bloße Unternehmen des Geschäfts durch vorbereitende Verwaltungshandlungen wird denn auch von Jacobi (S. 228) der wirklichen Vornahme des Geschäfts gleich gestellt. Die wirkliche Vornahme eines nothwendigen Geschäfts kann allerdings die Ersparung einer Ausgabe des Dominus bewirken, wenn sich auch keineswegs unbedingt behaupten läßt, daß jeder wirkliche Beginn eines nothwendigen Geschäfts diese Wirkung hat, aber bloße Contractschließungen des Gerenten ersparen dem Dominus keine Ausgabe, weil die vom Gestor geliehenen Gelder und gekauften Sachen dem Vermögen des Dominus bis zur wirklichen Verwendung völlig fremd bleiben, und es doch bei der Frage, ob eine reelle Bereicherung bewirkt ist, nur darauf ankommen kann, ob der Gerent auf das Vermögen des Dominus in nutzenbringender Weise eingewirkt hat, nicht darauf, ob es nach den Regeln der deutschen Sprache vielleicht möglich und zulässig ist, unter der Vornahme des Geschäfts auch die dasselbe vorbereitenden Handlungen mit zu begreifen. — Das **negotium utiliter coeptum** hat Jacobi mißverstanden. Das Gesetz hätte sich eine von der Natur der Sache abweichende Fiction erlaubt, wenn es bestimmt hätte, daß man annehmen solle, der Gestor habe einen reellen Nutzen für das Vermögen des Dominus herbeigeführt, sobald er zur Besorgung eines nothwendigen Geschäfts Geld geliehen oder Sachen gekauft habe. Wächter, auf den Jacobi sich beruft, ist weit davon entfernt, mit Jacobi anzunehmen, daß der Gerent, welcher

zu einem nothwendigen Geschäft Geld geliehen oder Sachen gekauft hat, damit dem Dominus eine Ausgabe erspart habe. Er erkennt ausdrücklich an[14]), daß da, wo eine gültige neg. gestio vorhanden ist, zur Begründung der actio contraria in der Regel nicht verlangt wird, daß die Handlung des Gerenten einen, auch nur vorübergehenden, guten Erfolg gehabt habe. Er ist der Meinung[15]), daß schon der vergebliche Versuch der Ausführung eines nothwendigen Geschäfts die actio contraria begründen kann, und daß die vom Gerenten für den Dominus gekaufte nothwendige Sache von dem Vermögen des letzteren völlig isolirt bleibt.

Windscheid versteht das utiliter gestum dahin, daß der Gerent, welcher für den Dominus eine Aufopferung gemacht hat, die der Dominus sonst selbst gemacht haben würde, im Interesse des Dominus, also utiliter, gehandelt habe. Diese Ansicht ist nach dem zu Anfang dieser Abhandlung unter 1 aufgestellten Gesichtspunkte insofern richtig, als sie dahin verstanden werden soll, daß durch die vom Gerenten gemachte Aufopferung dem Dominus eine entsprechende Aufopferung erspart sein muß. Nun fügt Windscheid aber, unter Berufung auf die schon berührte l. 22 D. h. t. hinzu[16]), daß die Nothwendigkeit der Aufopferung jeden Streit darüber, ob der Dominus die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ausschließe, wonach er annimmt, daß der Gerent, welcher zu nothwendigen Geschäften des Dominus Geld leiht oder Sachen kauft, dem Dominus eine entsprechende Ausgabe erspart. Das ist im Wesentlichen die bereits widerlegte Ansicht Jacobi's. Ich bemerke dagegen noch Folgendes.

---

14) Archiv für civ. Praxis Bd. 20 S. 344.

15) Das. S. 344 und 350, 359 Note 31.

16) A. a. O. Note 17.

Wenn der Gerent sich durch Leihen oder Kaufen zum Eigenthümer von Dingen gemacht hat, welche der Dominus zu seinen nothwendigen Geschäften gebrauchen könnte, so hat er dadurch allein dem Dominus gewiß keine Aufopferung erspart, denn daraus, daß der Gestor eine Ausgabe bestreitet, die einer vom Dominus zu machenden Ausgabe entspricht, folgt nicht, daß der Dominus die Ausgabe, welche er zu machen hatte, nun nicht mehr zu machen hat. Aber man könnte sagen, daß der Gerent doch eine Aufopferung gemacht habe, die der Dominus sonst selbst gemacht haben würde, und daß er schon deswegen im Interesse des Dominus, also utiliter, gehandelt habe. Allein es läßt sich nicht nachweisen, daß es für den Dominus immer oder in der Regel von Interesse ist, wenn der Gerent sich durch Contractschließungen zum Eigenthümer von Sachen macht, die zur Ausführung der negotia domini geeignet sind, indem dieser Umstand für den Dominus oft ganz gleichgültig ist, z. B. da, wo er sich die erforderlichen Dinge ohne Schwierigkeit selbst anschaffen kann. Es ist nicht anzunehmen, daß das zweifelhafte Interesse, welches der Dominus unter Umständen dabei haben kann, wenn der Gerent sich durch Erwerbung der nöthigen Dinge in den Stand setzt, die Geschäfte des Dominus besorgen zu können, von den römischen Juristen als ein, die actio contraria regelmäßig begründendes, Interesse angesehen ist. Uebrigens führt die Ansicht Windscheid's, ebenso wie die von Leist, Stintzing und Jacobi, zu practischen Resultaten, deren Unrichtigkeit so sehr von selbst einleuchtet, daß sie einer weiteren Nachweisung nicht bedarf. Ich werde davon später reden, und will hier nur noch in Ansehung des oben angeführten Falles einer Reparatur bemerken, daß sich, trotz der Nothwendigkeit des Geschäfts, schon allein deshalb nicht ohne Weiteres behaupten läßt, daß der Dominus die Baumaterialien auch selbst gekauft,

diese der Klage des Gerenten zum Grunde liegende Aufopferung also auch selbst gemacht haben würde, weil es, abgesehen von besonderen Umständen, ebenso wahrscheinlich ist, daß der Dominus seinem Baumeister contractlich zur Pflicht gemacht haben würde, das nöthige Material auf seine Gefahr und Kosten zu liefern. Hätte der Dominus diesen Weg eingeschlagen, so würde er weder Baumaterialien gekauft haben, noch in Gefahr gekommen sein, dieselben durch Zufall zu verlieren. Trotzdem läßt sich doch gewiß nicht unbedingt behaupten, daß dem Gestor in diesem Falle eine Ersatzklage nicht zusteht.

Unter welchen Umständen diese Klage für begründet zu achten ist, werde ich jetzt zeigen. Der Gerent hat die gute Absicht gehabt, dem Eigner des Hauses durch Besorgung der Reparatur nützlich zu werden, und ist darüber schon hinausgegangen, indem er durch eine Contractschließung, nämlich die Anleihe oder den Ankauf der Materialien, die Geschäftsführung eröffnet hat. Es wird zu untersuchen sein, wiefern dieser Thatbestand, also die Eröffnung der Geschäftsführung, für den Dominus von rechtserheblichem Interesse gewesen ist. Daß nämlich die Thätigkeit des Gerenten, um welche es sich handelt, für den Dominus und dessen negotia in keiner anderen Hinsicht von irgend einer Bedeutung ist und sein kann, als insofern durch sie die Geschäftsführung zu einer vollendeten Thatsache geworden ist, läßt sich schwerlich bestreiten, und wird auch von Anderen, z. B. von Leist, zugegeben. Leist, der in consequenter Verfolgung dieses Gedankens zu richtigeren Ansichten gekommen sein würde, hat sich durch seine Idee, daß die Lehre von der neg. gestio nach den Grundsätzen der Impensenlehre beurtheilt werden müsse, zu der gewagten Behauptung verleiten lassen, daß der Beginn der Geschäftsführung für gleichbedeutend zu nehmen sei mit dem

Beginn des nothwendigen Geschäfts der Reparatur, während es keinem Zweifel unterliegt, daß der Gerent die Vermögens-sphäre des Dominus durchaus noch nicht berührte, als er die fraglichen Verwaltungshandlungen vornahm. Nur im Bereich seines eignen Vermögens hat er durch die Anleihe oder den Ankauf Veränderungen vorgenommen. Er hat sich auf den Angriff des negotii domini gerüstet, aber er hat es noch nicht angegriffen, und es kann sich also nur fragen, unter welchen Voraussetzungen der Dominus dabei interessirt gewesen ist, daß der Gestor sich durch Contractschließungen mit Dritten in den Stand gesetzt hat, das nothwendige Geschäft des Dominus besorgen zu können. In Ansehung dieser Frage wird aber die, von gesetzlichen Bestimmungen abstrahirende, natürliche Anschauung wohl schwerlich zu einem andern Resultate gelangen können, als zu dem, daß der Geschäftsherr, aber auch nur der Geschäftsherr, dessen eigne Thätigkeit durch besondere Umstände ausgeschlossen, beschränkt oder erschwert ist, jedenfalls ein rechtserhebliches Interesse dabei hat, wenn ein freiwilliger Geschäftsführer sein nothwendiges Geschäft mittelst passender Verwaltungshandlungen in Angriff nimmt. Denn hier wäre ohne das Eintreten des Gerenten ein Nachtheil von vornherein gewiß, da in Ermangelung der eignen Thätigkeit des Dominus, das nothwendige Geschäft, zum Schaden des Dominus, unbesorgt bleiben würde. Hier kann man sagen, daß schon der bloße Beginn der Thätigkeit des Gerenten, also jede verständige Contractschließung desselben, für den Dominus von Interesse ist, daß die Geschäftsführung durch jede verständige Thätigkeit des Gerenten utiliter begonnen wird, wobei freilich nicht zu übersehen ist, daß das utiliter coeptum der l. 10 §. 1 D. h. t. einen ganz anderen Sinn hat. — Man scheint es gleichwohl bedenklich zu finden, das hier entwickelte Interesse der Geschäftsherrn, also das In-

teresse, welches sie dabei haben, daß die Thätigkeit freiwilliger Geschäftsführer die ihrer eignen Thätigkeit entgegenstehenden Schwierigkeiten für sie unschädlich macht, als ein rechtlich in Betracht zu ziehendes Interesse anzuerkennen. Als wenn dem Richter bei Prüfung der Frage: ob denn nun wirklich utiliter gerirt sei, eine Schranke gezogen wäre. Derselbe hat nach freiem Ermessen, unter Berücksichtigung aller Umstände und Verhältnisse, darüber zu entscheiden, ob utiliter, d. h. im Interesse des Dominus gerirt ist, und es liegt ihm dabei nichts näher, als sein Augenmerk darauf zu richten, ob die Einmischung des Gerenten in die negotia domini erforderlich gewesen ist, um von dem Dominus Nachtheile abzuwenden oder ihm Vortheile zu sichern, auf die er begründete Aussicht hatte. Findet er, daß der Gerent sich eines nothwendigen Geschäfts angenommen hat, welches der Dominus selbst hätte besorgen können, und eben deshalb ein Nachtheil gar nicht zu besorgen gewesen ist, so kann er nicht zu der Ansicht gelangen, daß die auf Besorgung des nothwendigen Geschäfts berechneten Handlungen des Gerenten von irgend einem Intereſſe für den Dominus gewesen sind. Es ist daher in Betreff des angeführten Falles zu behaupten, daß die Anleihe oder der Ankauf von Baumaterialien als ein utiliter gestum nicht angesehen werden kann, wenn der Dominus das Geschäft der nothwendigen Reparatur selbst besorgen konnte, weil dann überall kein Grund aufzufinden ist, aus welchem man behaupten könnte, daß der Gestor im Interesse des Dominus gehandelt habe. Einen pecuniären Nutzen hat er nicht bewirkt, und daß er als Geschäftsführer eingriff, die Geschäftsführung eröffnete, war überflüssig, weil der Dominus selbst für sich sorgen konnte, und also der Eintritt eines Nachtheils nicht zu besorgen war. Wer sich selbst helfen kann, ist nicht dabei interessirt, daß ein Anderer sich unberufen in seine Angelegenheiten mischt, was

freilich auffallenderweise nicht allgemein anerkannt wird. Das Recht des Dominus, sein Vermögen selbst zu verwalten, nach seiner eignen Willensbestimmung und seinem individuellen Geschmack Entscheidung darüber zu treffen, welche Dinge zur Ausführung seiner nothwendigen Geschäfte oder zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gekauft oder auf sonstige Art erworben werden sollen, pflegt man keiner Beachtung zu würdigen, und daher keinen Anstoß daran zu nehmen, wenn ein Gerent, vielleicht gar ein solcher, der zur Geschäftsbesorgung sehr wenig qualificirt ist, sich ohne dringende Veranlassung darüber hinwegsetzt. Es ist doch gewiß keine gleichgültige Sache, ob wir in jedem Mitbürger einen Quasicurator zu erblicken haben, der uns beliebig dadurch verpflichten kann, daß er es unternimmt, unsere nothwendigen Geschäfte durch Contractschließungen, z. B. durch Ankauf von Nahrungsmitteln, Büchern, Pferden u. s. w., zu besorgen, der Baumaterialien, welche wir nöthig haben, für uns kaufen kann, obgleich er in solchen Dingen vielleicht weniger Geschick und Erfahrung hat, als wir selbst, der Kleider aller Art, die wir und unsere Familien nöthig haben, nach seinem Geschmack für uns auswählen, und unsere Einwendung, daß wir einen ganz anderen Geschmack haben, mit der Erklärung zurückweisen kann: Deine Bereicherung, die meine Klage begründet, liegt in dem Unternehmen selbst (Jacobi), oder: bei Besorgung nothwendiger Geschäfte ist jeder Zweifel darüber, ob der Dominus dieselbe Aufopferung gemacht haben würde, ausgeschlossen (Windscheid). Diese Andeutungen dürften schon ergeben, wie wenig die Ansichten der eben genannten Schriftsteller den Bedürfnissen des praktischen Lebens gerecht werden. Ich weise endlich noch darauf hin, daß ich schon in §. 3 meiner angef. Schrift nachzuweisen gesucht habe, zu wie sonderbaren Consequenzen es führt, wenn man jede Anleihe und jeden Ankauf im Interesse noth-

wendiger Geschäfte für eine den Dominus verpflichtende Handlung erklärt.

§. 2.

Die obige Auffassung des **negotium utiliter gestum** führt im Wesentlichen zu folgenden, in meiner angeführten Schrift näher dargelegten Grundsätzen. Bei Prüfung der Ansprüche eines Gerenten kommt es zunächst darauf an, ob denselben nur die Bewirkung von Impensen zu Grunde gelegt ist, oder ob sie darüber hinausgehen. In jenem Falle sind sie im Wesentlichen nach den auch im Bereiche der Impensenlehre geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, wonach wegen einer für den Dominus gemachten Ausgabe in der Regel nur dann volle Entschädigung verlangt werden kann, wenn der Dominus die für ihn bestrittene Ausgabe auch selbst gemacht haben würde. In dem anderen Falle aber, also insbesondere da, wo wegen bloßer Contractschließungen auf Entschädigung oder Liberation geklagt wird oder wo der Gerent größere Ansprüche machen zu können glaubt, als ihm nach den Impensen-Grundsätzen begleichen würden, verhält sich die Sache ganz anders. Hier kommt es darauf an, ob die Verhältnisse so liegen, daß der Gerent als Quasimandatar betrachtet werden kann. Dabei [17]) aber ist

1) vor allen Dingen zu prüfen, ob die Vermögensangelegenheiten des Dominus, welche vorlagen, als der Gerent sich einmischte, überhaupt einer thätigen Hand bedurften, ob also ohne die auf das ganze Vermögen oder einen Theil desselben sich erstreckende Thätigkeit eines Verwalters Nach-

---

17) Von Fällen, in welchen ein erklärter Wille des Dominus vorliegt, daß gewisse Geschäfte ausgeführt, und daß sie für ihn ausgeführt werden sollen, wird hier abgesehen.

theile eingetreten oder Vortheile, auf die nach Lage der Verhältnisse zu rechnen war, entgangen sein würden. Wenn dies objective Erforderniß, ohne welches man sich ins Unbestimmte verlieren würde, vorliegt, so fragt sich

2) ob der Dominus dabei interessirt gewesen ist, daß die an sich erforderliche Verwaltung seiner negotia von dem Gerenten in die Hand genommen wurde. Dies Interesse aber kann in der Regel als vorhanden angenommen werden, wenn die eigne Thätigkeit des Dominus überhaupt nicht eintreten konnte, oft auch dann, wenn sie nur erschwert war, oder wenn der Gerent nur commodius handeln konnte als der Dominus. Die Gesetze sprechen sich bestimmt dahin aus, daß der abwesende Dominus durch bloße Contractschließungen des Gerenten obligirt wird, und daß ein Gerent, welcher commodius geriren kann, den Dominus ebenfalls durch Rechtsgeschäfte zu obligiren vermag. Aber sie sagen nicht, wo man die Grenze zu finden hat, wenn darüber Zweifel entstehen. Die Abwesenheit oder sonstige Verhinderung kann so kurze Zeit gedauert haben, daß die Verwaltung ohne Schaden auf sich beruhen konnte, bis die Verhinderungsgründe weggefallen waren, denn nicht jedes nothwendige Geschäft ist so nothwendig, daß es sofort ausgeführt werden muß. Noch leichter werden Zweifel entstehen, wenn der Gerent sich nur darauf beruft, daß er commodius habe geriren können. Was giebt in solchen Fällen den Ausschlag? Da die Gesetze schweigen, so muß der Richter sich ohne dieselben zu behelfen wissen. Er hat, wie gesagt, bei Prüfung der Frage, ob utiliter gerirt ist, freies Ermessen, und wenn die in Betracht kommenden objectiven Rücksichten nicht entscheidend genug sind, so hindert ihn nichts, sich die Frage vorzulegen: ob denn der Dominus selbst damit zufrieden gewesen sein würde, daß der Gerent seine Verwaltung in die Hand nahm, wenn er damals

von den Verhältnissen Kenntniß gehabt hätte. Läßt diese Frage sich, in sorgfältiger Erwägung der Verhältnisse, mit ja beantworten, so kann der Richter keinen vernünftigen Zweifel darüber haben, daß der Gerent wirklich im Interesse des Dominus gehandelt hat, und also die Utilität der Verwaltung, welche den Gerenten zum Quasimandatar erhebt, vollständig vorliegt [18]). Es ist dabei indeß noch zu berücksichtigen, daß es nicht genügt, wenn der Gerent nur verständige Gründe zu der Annahme gehabt hat, daß sein Geschäftsführung dem Willen des Dominus entspreche, indem sein Eingreifen nicht gerechtfertigt erscheint, wenn sich zeigt, daß jener Wille des Dominus nicht vorhanden sein würde, sofern der Dominus von den Verhältnissen Kenntniß gehabt hätte. Denn der Gerent soll utiliter geriren, nicht bloß glauben, das er dies thue. Aber es verhält sich wesentlich anders mit einzelnen Geschäften, die ein in genereller neg. gestio begriffener Gerent vornimmt. Ob der Dominus diese einzelnen Verwaltungshandlungen selbst vorgenommen haben würde, wenn er die Verwaltung in der Hand gehabt hätte, ist oft ganz gleichgültig, indem es nur darauf ankommt, ob er die Uebernahme der Verwaltung gebilligt haben würde [19]). Es entspricht nämlich dem Interesse des Dominus, wenn der Gerent unter Berücksichtigung der erkennbaren voluntas domini verständig verwaltet, weil der Gerent, wie der Generalmandatar, nicht im Stande wäre, die Verwaltung ohne stete Gefahr eignen Schadens gehörig zu führen, wenn er nicht mit Aussicht auf volle Entschädigung befugt wäre, sich von seinem verständigen

---

18) Vergl. darüber §. 6 meiner angeführten Schrift.

19) Vgl. meine Schrift S. 26, 27, 33 ff. In meiner ersten Abhandlung über neg. gestio (Archiv für civ. Pr. Bd. 32 S. 193—195) ist dieser Punkt nicht berücksichtigt.

Ermessen leiten zu lassen, wo er nicht mehr im Stande ist, den Willen des Dominus in Erfahrung zu bringen. Diese Art der Verwaltung entspricht dem Willen nnd dem Interesse des Dominus in derselben Weise, wie die Uebernahme der Verwaltung. Denn wo angenommen werden kann, daß der Dominus die Uebernahme der Verwaltung gebilligt haben würde, da ist nicht weniger anzunehmen, daß er auch die verständige Durchführung genehmigt haben würde, wenn er bei Beginn der Gestio von den Verhältnissen Kunde gehabt hätte. Die Annahme, daß ein Dominus zwar die Uebernahme einer generellen Verwaltung, aber nicht deren verständige Durchführung gutgeheißen hätte, würde einen Widerspruch enthalten. Man kann die Frage, welche der Richter sich vorzulegen hat, so oft über die Utilität einer freiwilligen Verwaltung als solcher Zweifel entstehen, allenfalls vollständig dahin fassen: ob der Dominus die Uebernahme und die verständige Durchführung der Verwaltung gebilligt haben würde, wenn er von den Verhältnissen Kenntniß gehabt hätte.

Es ist hier endlich noch hervorzuheben, daß die generelle und die specielle Verwaltung Begriffe relativer Natur sind. Die Reparatur eines Hauses, zu welcher der Gerent Geld leiht oder etwas kauft, ist schon eine generelle Verwaltung, bei der es also in Betreff der einzelnen Verwaltungshandlungen (Anleihe, Ankauf) nur darauf ankommt, daß sie verständig besorgt werden. Der Wille des Dominus kommt dabei nicht weiter in Frage, als der Gerent ihn vielleicht den Umständen nach vermuthen kann. Abgesehen davon kommt es nur darauf an, ob der Dominus die Uebernahme der Verwaltung, welche die Reparatur zum Gegenstande hat, gebilligt haben würde, wenn er die Verhältnisse gekannt hätte, nicht darauf, ob der Dominus die vom Gerenten gekauften Baumaterialien auch selbst gekauft haben würde. Wäre es anders, so könnte der

Gerent dies Geschäft nicht ohne Gefahr eignen Schadens durchführen. Ob der Dominus mit dem Baumeister ausmachen würde, daß dieser die nöthigen Dinge auf seine Kosten zu liefern habe, oder ob derselbe die erforderlichen Balken und Steine selbst kaufen und ob er die Sachen vom Süden oder vom Norden beziehen würde, das kann der Gerent unmöglich wissen. — Wenn das Haus, um dessen Reparatur es sich handelt, zu einem Landgut gehört, welches der Gerent verwaltet, so kommt nicht in Betracht, ob der Dominus die Uebernahme des Geschäfts der Reparatur, sondern nur, ob er die Uebernahme der Verwaltung des Landguts gebilligt haben würde. Ist Letzteres anzunehmen, so ist die Reparatur des Hauses nur eines der Geschäfte, die als Theile der verständigen Verwaltung des Landguts erscheinen. Betrachtet man die Verwaltung des Landguts und das Geschäft der Reparatur unabhängig von einander, so ist die Verwaltung des Landguts ein generelles Geschäft. In Vergleichung mit diesem Geschäft, kann man das der Reparatur ein specielles nennen, während es insofern genereller Natur ist, als zu seiner Ausführung verschiedene Verwaltungshandlungen nöthig sind.

§. 3.

Einige der in §. 2 entwickelten Puncte sollen jetzt noch genauer, als es in meiner Schrift über **neg. gestio** geschehen ist, nachgewiesen werden und zwar zunächst meine Ansicht in Betreff der generellen **neg. gestio**. Zu dem Ende will ich auf die Besorgung eines in den Quellen wiederholt besprochenen generellen Geschäfts, nämlich des der Alimentation etwas näher eingehen. Nehmen wir den Fall, daß ein Gerent in der Absicht, die Alimentation der Familie eines Anderen zu besorgen, Weizen, Wein, Kleiderstoffe u. dergl. gekauft, auch Geld geliehen hat, um sonstige Bedürfnisse zu befriedigen,

daß aber diese Gegenstände zufällig untergegangen sind und der Gerent auf Liberation oder Entschädigung klagt. Wie ist zu entscheiden? Nach meiner Auffassung kommt es, wie bemerkt, zunächst darauf an, ob es für den Dominus von Interesse gewesen ist, daß der Gerent sich in seine Verhältnisse einmischte. Dies Interesse lag nicht vor, wenn der Dominus sehr gut für die Bedürfnisse seiner Familie sorgen konnte, und also fremde Hülfe nicht nöthig hatte. Dieser Punkt soll im §. 4 näher betrachtet und zunächst auf den Fall eingegangen werden, in welchem die Einmischung des Gerenten für den Dominus von Interesse war, weil er nicht selbst handeln konnte. Hier kommt nun, wegen der generellen Natur der fraglichen Geschäftsführung, nicht in Betracht, ob auch der Dominus Weizen, oder ob er Reis oder Mais gekauft haben würde, ob er eventuell eine größere oder geringere Quantität Weizen, ob er Weizen von derselben Sorte und zu demselben Preise gekauft haben würde, ob er dieselbe Sorte Wein, dieselben Kleiderstoffe gewählt oder vielleicht andere Sorten, andere Farben vorgezogen haben würde, und ob auch er Geld geliehen, oder wenn er an des Gerenten Stelle gewesen wäre, vielleicht Gelegenheit gefunden hätte, ohne Anleihe für die fraglichen Bedürfnisse sorgen zu können. Denn der Gerent ist durch die Utilität seiner Einmischung zur Verwaltung legitimirt. Die Verwaltungsbefugnisse des Dominus sind auf ihn übergegangen und es kommt daher in Ansehung der Ausführung des Geschäfts nur auf s e i n Ermessen und s e i n e n Geschmack an [19a]). Es ist also zur Begründung seiner Klage genügend,

---

19a) Der Gerent des Abwesenden bestimmt, welche Kleider, welche Sorte Wein für dessen Kinder gekauft werden soll. Wer seine Verwaltung selbst besorgt, braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß ein Gerent ihm Moselwein kauft, während er selbst französischen Wein gekauft haben würde.

wenn es den Umständen nach verständig und dem vermuthlichen Willen des Dominus nicht entgegen war, daß er in der gedachten Weise contrahirte. Denn dann hat er utiliter gehandelt, weil es für den Dominus von Interesse war, daß er eine verständige Thätigkeit entwickelte, selbst wenn er zur Geschäftsbesorgung weniger qualificirt war, als der Dominus selbst. Die Thatsache aber, daß die Handlungen des Gerenten dem Interesse des Dominus entsprochen haben, ist dadurch nicht ungeschehen gemacht, daß ein Zufall die Resultate der Thätigkeit beseitigt hat. Jenes Interesse des Dominus an der Verwaltung des Gerenten bewirkte, daß mit dem Abschluß der einzelnen Verwaltungshandlungen, also der Ankäufe u. s. w., die obligatio neg. gestorum in's Leben trat. Aus dieser obligatio folgte, daß der Gerent die durch seine Handlungen erworbenen Gegenstände für den Dominus zu verwenden, dieser aber den Gerenten zu liberiren oder zu entschädigen hatte. Der Eintritt des Zufalls konnte nur die Pflicht des Gerenten, aber nicht die des Dominus aufheben [20]). Was nun die Behauptung betrifft, daß die Verständigkeit der Handlungen des Gerenten zur Begründung seiner Klage genügte, so ergeben sich dafür Beweisgründe aus einigen bekannten Stellen, namentlich aus l. 22 D. h. t., l. 3 und l. 17 §. 1 D. de in rem verso (15. 3), welche man freilich eher für die entgegengesetzte Ansicht anzuführen geneigt sein mag. Wenn ein Gestor in der Absicht, die Kinder oder Sclaven eines Anderen zu alimentiren, frumentum aut vinum paraverit, und diese Sachen zufällig untergehen, wenn er servum domino necessarium emerit, und der Sclave stirbt, wenn er Geld leiht, um für die Familie des Dominus Nahrungsmittel zu kaufen, und das Geld zufällig untergeht, so hat er nach diesen Ge-

20) Vergleiche meine Schrift §. 5.

setzen stets Anspruch auf volle Entschädigung. Diese und ähnliche Aussprüche der Quellen pflegt man dahin zu verstehen, daß ein Gestor, welcher nothwendige Sachen, oder Sachen zu nothwendigen Geschäften kauft, oder zu solchen Geschäften Geld leiht, negotia necessaria besorgt, also Geschäfte, die der Dominus auch selbst besorgt haben würde, und daß eben darin der Grund liegt, aus welchem der Gestor vollständig entschädigt werden muß. Allein diese Erklärung ist ungenügend. Zunächst ist die Thatsache, daß der Gestor im Interesse nothwendiger Geschäfte, z. B. der Alimentation, thätig wird, an sich offenbar nicht zur Begründung seiner Klage ausreichend, obgleich einige Gesetze anscheinend nicht mehr verlangen. Wenn z. B. gewisse Gegenstände, etwa Sclaven, Wein oder Getreide nothwendig sind, so folgt nicht, daß die Sachen nothwendig sind, welche der Gestor zur Befriedigung jenes Bedürfnisses kauft. Denn diese Sachen können ja mangelhaft, zu theuer oder aus anderen Gründen ungeeignet sein. Die Verhältnisse können auch so liegen, daß es angemessener und vortheilhafter ist, das Bedürfniß nach Nahrungsmitteln oder Kleidern nicht durch Einkäufe zu befriedigen, sondern dadurch, daß die Beköstigung und Kleidung dritten Personen contractlich zur Pflicht gemacht wird. Ist dies der Fall, so läßt sich nicht sagen, daß die trotzdem vom Gestor gekauften Nahrungsmittel oder Kleider nothwendig sind. Wenn er zur Anschaffung nöthiger Dinge Geld leiht, so kann diese Handlung trotz der Nothwendigkeit des Geschäfts unzweckmäßig sein, weil vielleicht nichts entgegensteht, die nothwendigen Sachen auf Credit zu kaufen. Zur Begründung der Klage des Gerenten ist demnach jedenfalls erforderlich, daß er mit Verstand und Sorgfalt thätig wird. Wenn also die Familie des Dominus gewisser Sachen bedarf, z. B. Wein, Getreide, Kleider, und es angemessen erscheint, dies Bedürfniß durch

Ankäufe zu befriedigen, so ist erforderlich, daß der Gerent Sachen kauft, die geeignet sind, das vorliegende Bedürfniß zu decken. Dies wird mir vielleicht auch nicht bestritten, da man wohl allgemein der Ansicht ist, daß der Gerent unter allen Umständen, auch in Ansehung nothwendiger Geschäfte[21]), doch wenigstens verständig handeln muß. Auf der anderen Seite ist nun aber gewiß nicht zu behaupten, daß die Sachen, welche ein Gerent zur Befriedigung vorliegender Bedürfnisse erwirbt, in dem Sinn nothwendig sein müssen, daß nur mit diesen Sachen, nur mit den vom Gestor gekauften individuell bestimmten Quantitäten Wein, Getreide u. s. w., jene Bedürfnisse befriedigt werden können, obgleich sich nur da, wo die gekauften Sachen in diesem Sinne nothwendig sind, mit Sicherheit behaupten läßt, daß der Dominus dieselben Sachen gekauft haben würde. Es leuchtet von selbst ein, daß die Nothwendigkeit, von der die angeführten Stellen reden, nicht in diesem strengen Sinn aufgefaßt werden darf. Denn in diesem Sinn ist in der That kein bestimmtes Nahrungsmittel oder Kleid nothwendig. Das eine Nahrungsmittel, Kleid u. s. w. ist zur Befriedigung der fraglichen Bedürfnisse in der Regel gerade so geeignet wie das andere. Nothwendig ist also im Interesse des Geschäfts der Alimentation nur, daß der Gerent unter deu vielen verschiedenen Dingen, die sich zur Auswahl darbieten, geeignete Gegenstände in angemessener Quantität auswählt. Wenn es in l. 22 D. h. t. heißt, daß der Gerent sich Entschädigungsansprüche erwirbt, sofern er **res necessario emerit, veluti vinum aut frumentum**, so kann unter dem Nothwendigen nur das zur Deckung der nothwendigen Bedürfnisse Geeignete verstanden werden. Diese Auffassung wird als richtig bestätigt durch l. 3 § 1 und 3

21) Vergl. Leist a. a. O. S. 125 Note 1.

D. de in rem verso. Nach §. 1 genügt es, wenn der Gerent Geld geliehen hat in der Absicht, Nahrungsmittel oder Kleider zu kaufen. Es wird kein Gewicht darauf gelegt, welche bestimmten Kleider und Nahrungsmittel und welche Quantitäten er zu kaufen beabsichtigt hat. Er hat freilich stets den **modus** zu beachten, **quem dominus praestare consueverat** (§. 3), aber innerhalb dieses **modus** hat er, wie die angeführte Bestimmung von selbst ergiebt, freies Ermessen. Wenn der Gestor für die Familie des Dominus 30 Scheffel Weizen gekauft hat, so kann es nach dem Obigen nicht darauf ankommen, ob der Dominus dieselbe Quantität oder weniger, oder ob er vielleicht, statt Weizen, Reis oder Mais oder fertiges Weizenbrod gekauft haben würde. Es kommt nur in Betracht, ob es den Umständen nach verständig war, jene 30 Scheffel Weizen zu kaufen. Wäre nach zufälligem Untergange des Weizens, zur Begründung der Klage des Gerenten die Anführung nöthig, daß auch der Dominus 30 Scheffel Weizen derselben Qualität, oder daß derselbe die nämlichen individuell bestimmten Säcke gekauft haben würde, so könnte man dem Gerenten nur rathen, die Klage nicht anzustellen. Der Dominus hätte vielleicht zur Zeit nur einen Scheffel gekauft, um nach dessen Verbrauch wieder neuen Weizen zu kaufen. Kürzlich kam mir der Fall vor, daß Jemand, der lange in Samarang auf Java gewesen war, eine Compensationseinrede durch die Anführung zu begründen suchte, daß er einen Haussohn des Klägers, der in Samarang krank geworden und gestorben war, ein Jahr lang mit allem Nöthigen an Nahrungsmitteln und Kleidern versorgt habe. Es ergab sich, daß ein nicht unerheblicher Theil der vom Gerenten für den Sohn des Klägers angeschafften Kleider nicht zur Verwendung gekommen war, ohne daß dem Gerenten eine **culpa** zur Last fiel. Wie ungereimt wäre es gewesen, wenn man hier nun Gewicht darauf

gelegt hätte, ob auch der Dominus, welcher mit den Verhältnissen auf Java ganz unbekannt war und von der dort üblichen und des Klimas wegen angemessenen Bekleidungsart nichts wußte, dieselben Kleider für den Sohn angeschafft haben würde [21a])! — Wenn aber hiernach angenommen werden muß, daß in Betreff der Ankäufe und Anleihen, welche im Laufe der Besorgung des Alimentationsgeschäfts erfolgen, die Verständigkeit der Handlungsweise des Gerenten nicht bloß erforderlich, sondern auch genügend ist, um seine Klage auf volle Entschädigung zu begründen, so ist damit bewiesen, was ich beweisen wollte. Zunächst versteht sich von selbst, daß ebenso wie die Ankäufe und Anleihen alle anderen im Interesse der Alimentation erfolgenden Contractschließungen behandelt werden müssen. Es genügt also stets das verständige Ermessen des Gerenten. Ebenso wie die Besorgung des Alimentationsgeschäfts sind aber auch alle anderen generellen Geschäftsführungen zu beurtheilen. Darüber bemerke ich noch Folgendes. Das Geschäft der Alimentation ist oft sehr umfangreicher Natur und die Besorgung desselben steht für viele Geschäftsherren der Verwaltung ihrer gesammten Angelegenheiten gleich. Es erfordert Einnahmen und Ausgaben, es umfaßt die Geschäfte und Kosten des Haushalts, der Ernährung, Kleidung, der Beschaffung von Wohnräumen, angemessener Bedienung, der Kindererziehung, des Unterrichts u. s. w. Es macht den Abschluß verschiedenartiger Kauf-, Mieth-, Mandats-, Darlehns-Contracte und sonstiger Verträge erforderlich. Der Ankauf von Pferden, Sclaven, Grundstücken, z. B. eines Gartens, konnte ebensogut im Interesse des Geschäfts der Alimentation, als in dem der Verwaltung eines Vermögens erforderlich sein. Wenn diese Verwaltungshand-

21a) Vergl. damit Not. 19a.

lungen sich als geeignete Glieder in der Besorgung des generellen Alimentationsgeschäfts darstellen, also durch eine verständige Geschäftsführung geboten erscheinen, so begründen sie die Klage des Gerenten. Es kommt dabei auch nichts darauf an, ob die Verwaltungshandlungen oder die Dinge, auf deren Erwerbung sie gerichtet sind, an sich betrachtet nothwendig oder nur nützlich oder gar überflüssig sind. Es fragt sich, wie gesagt, nur, ob die verständige Verwaltung sie erfordert. Ist dies der Fall, so sind sie im weiteren Sinn nothwendig. Denn sie dienen und sind geeignet zur Ausführung des nothwendigen Geschäfts der Alimentation. Der Wein, von welchem l. 22 D. h. t. spricht, ist an sich offenbar nicht nothwendig[21b]) Er ist nur nothwendig, sofern es den Verhältnissen nach angemessen erscheint, ihn zu verwenden. Odores et unguenta sind nach l. 3 §. 6 D. de in rem verso an sich ein Luxusartikel, aber sofern sie zum Begräbniß eines Familienmitglieds des Dominus gebraucht werden, sind sie nothwendig, weil sie angemessen sind[22]). Das Taschengeld, welches der Gerent den Kindern des Dominus giebt, die Putzsachen, welche er den Töchtern kauft, das Reisegeld, welches er dem erwachsenen Sohne zur weiteren Ausbildung gewährt, sind keine an sich nothwendigen Ausgaben. Sie können aber angemessen sein und sind dann im Sinn der l. 22 D. h. t. ebenso nothwendig, wie Wein und feine Speisen, welche der Gerent den Kindern eines wohlhabenden Dominus reicht. Es versteht sich, daß der Gerent immer den vermuthlichen Willen des Dominus im

---

21b) Er gehört nicht zu den Lebensbedürfnissen im strengen Sinn, ohne welche „ali corpus non potest" l. 6 D. de alimentis (34. 1). Vergl. Savigny, System Bd. 4 S. 33 Note b.

22) l. 7 §. 3 D. in rem verso. Leist a. a. O. S. 77 Nr. 9.

Auge behalten muß. So hat er, wie schon bemerkt wurde, in Ansehung der Kleider und Speisen nach l. 3 §. 3 cit. das Maß zu beachten, welches der Dominus einzuhalten pflegte. Aber auch hier genügt zur Begründung seiner Klage, wenn er verständig erwägt, was der vermuthliche Wille des Dominus ist. Hat der abwesende Dominus eben vor der Abreise beschlossen, das bisherige Maß in Betreff der Kleider und Speisen einzuschränken, so schadet dem Gerenten, welcher, ohne von diesem Beschluß zu wissen, das bisher eingehaltene Maß befolgt, dieser Irrthum nicht. Wir haben gesehen, daß der Gerent unter Umständen sogar Ausgaben machen darf, die an sich überflüssig erscheinen. Er darf es nicht, wo eine verständige Erwägung der Verhältnisse ihn zu der Annahme führen muß, daß der Wille des Dominus entgegensteht. Wenn die bisherige Wohnung des Dominus sehr einfach ist, vielleicht einfacher, als die Verhältnisse des Dominus gestatten, so hat er Grund, zu vermuthen, daß es dem Willen des Dominus nicht entspricht, wenn er die Wohnung tectoriis et quibusdam aliis, quae magis ad voluptatem pertinent, quam ad utilitatem [23]) ausschmückt. Diese Betrachtungen ergeben, daß das Alimentationsgeschäft, welches, als Ganzes betrachtet, im eigentlichen Sinn nothwendig ist, weil es nicht ohne Nachtheil unterbleiben kann, Ausgaben mit sich bringt, die an sich betrachtet entweder nothwendig, oder nützlich, oder überflüssig sind, die aber als geeignete Glieder in der Ausführung des Geschäfts der Alimentation nothwendig sind, weil die verständige Verwaltung sie erfordert. — Daß es sich nun mit allen Geschäftsführungen ebenso verhält, wird kaum noch bemerkt zu werden brauchen. Wenn die Verwaltung, welche der Gerent in die Hand nimmt, dem Interesse des Domi-

---

23) l. 3 §. 4 D. de in rem verso.

nus entspricht, weil sie erforderlich ist, damit Schaden vermieden oder die gewöhnliche Einnahme nicht vermindert wird, so kommt es ebenso wie bei Besorgung der Alimentation nicht darauf an, ob die einzelnen Ausführungshandlungen auch vom Dominus vorgenommen sein würden, und ob sie an sich betrachtet nothwendig sind oder nicht. Es fragt sich immer nur, ob sie zur Ausführung der in Frage stehenden Verwaltung geeignet sind. Nehmen wir das Geschäft der Verwaltung eines Landguts, eines kaufmännischen Betriebes oder eines ganzen Vermögens. Entspricht es dem Interesse des Dominus, daß der Gerent diese Geschäfte in die Hand nimmt, so kommt es, ebenso wie bei Besorgung der Alimentation, nur darauf an, daß der Gerent das übernommene Geschäft durch verständige Contractschließungen und sonstige Verwaltungshandlungen angemessen besorgt. Wie der Dominus nicht mit Erfolg einwenden kann, daß er die vom Gerenten gekauften Nahrungsmittel nicht gekauft, sondern seine Kinder in Pension gegeben haben würde (l. 22 D. h. t.), so kann er sich nicht darauf berufen, daß er die vom Gerenten zur Bewirthschaftung eines Landguts erforderlichen Ackergeräthschaften, Pferde u. s. w. nicht gekauft, sondern vielmehr das Landgut verpachtet haben würde. Mit dieser Einwendung könnte man ihn nur hören, wenn der vom Gerenten eingeschlagene Weg als ein verständiger nicht zu betrachten wäre. Der Ankauf von Ackergeräth, Pferden u. dgl. steht in demselben Verhältniß zu dem Geschäft der Gutsverwaltung, in welchem der Ankauf von Wein und Getreide nach l. 22 D. h. t. zu dem Geschäft der Alimentation steht. In beiden Fällen fragt es sich, ob die Ankäufe zur Ausführung des in Frage stehenden Geschäfts geeignet sind, nicht darauf, ob der Dominus dieselben Sachen gekauft haben würde. — Wenn der Gerent zur Besorgung des Geschäfts der Alimentation oder der Gutsverwal-

tung oder der Administration eines ganzen Vermögens Geld leiht, so kommt immer nur in Frage, ob es verständig war, Geld zu leihen, denn die Klage des Gerenten wird in l. 17 pr. D. de in rēm verso (15. 3) und in allen anderen Stellen, die von Anleihen des Gerenten handeln [24]), keineswegs davon abhängig gemacht, ob auch der Dominus Geld geliehen oder doch die Anleihe gebilligt haben würde. Wenn der Gerent eines Kaufmanns dessen Betrieb in derselben Weise fortsetzt und Waaren zur Completirung des Lagers kauft, wie der Dominus sie zu halten pflegte, so kann ihm, sofern er verständig gehandelt hat, der Dominus nicht opponiren, daß er beabsichtigt habe, den einen oder anderen Artikel künftig nicht mehr zu führen [25]). — In Ansehung des negotium funeris et sepulturae wird in l. 7 §. 3 D. de in rēm verso gesagt, daß der Gestor durch Ankauf und Verwendung von odores et unguenta Entschädigungsansprüche erwirbt. Da es aber odores et unguenta von verschiedener Qualität und zu verschiedenen Preisen gegeben haben wird, auch ein gewisses den Verhältnissen entsprechendes Maß eingehalten werden mußte, so ergiebt sich, daß auch hier das verständige Ermessen des Gerenten entscheiden mußte. Was hätte sonst auch den Ausschlag geben sollen? In l. 3 Cod. de religiosis (3. 44) wird übrigens ausdrücklich bemerkt, daß dem Gestor in solchen Fällen zu bezahlen ist: quod in funus vel morbum defuncti erogasse boni viri arbitratu probaverit. Es wird also kein Gewicht darauf gelegt, ob er ebenso gehandelt hat, wie der Dominus gehandelt haben würde, sondern nur darauf, ob er verständig gehandelt hat. Die Stelle ist

---

24) Vergl. meine Schrift S. 67 Note.

25) l. 11 D. h. t. Vergl. Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 20 S. 360.

auch in Betreff des Alimentationsgeschäfts beweisend, da der Aufwand wegen der Krankheit zu den Alimenten gerechnet werden muß. — Wenn ein Beklagter vor Gericht von einem Gerenten (defensor) vertreten wird, so hat dieser boni viri arbitratu zu verfahren und kann solchenfalls die aufgewendeten Kosten vollständig ersetzt verlangen, ohne daß etwas darauf ankommt, ob er den Proceß so geführt hat, wie der Dominus ihn geführt haben würde, und ob er gesiegt hat oder nicht. Dies ergiebt sich deutlich aus l. 87 D. de procurat. (3. 3), vergl. mit l. 41 D. h. t. Macht er im Interesse des Processes Reisen, z. B. zum Gericht oder zu seinem rechtlichen Beistande, so kann er die Kosten erstattet verlangen, wenn es den Umständen nach verständig war, die Reisen zu machen. Ob der Dominus vielleicht im Stande gewesen sein würde, den Anwalt schriftlich zu instruiren, und so die Reise zu demselben zu vermeiden, kommt nicht in Betracht, da es nur darauf ankommt, ob der Gerent boni viri arbitratu gehandelt hat[26]). — Wenn ein Gerent sich in die negotia eines Abwesenden weiter nicht einmischt, als daß er einen Sclaven kauft (l. 3 §. 8 D. de in rem verso), so fragt sich, ob die Vornahme bloß *dieses* Geschäfts dem Interesse des Dominus entsprechend war, was in der Regel nur angenommen werden kann, wenn ein Sclave zur Vermeidung von Nachtheilen nothwendig angeschafft werden mußte. Es läßt sich aber nicht behaupten, daß *der* Sclave nothwendig ist, welchen der Gerent unter diesen Umständen nun wirklich kauft. Denn *diesem*

26) Dasselbe gilt natürlich in Ansehung des Mandatars. Wenn es in l. 1 §. 9 D. de tutel. (27. 3) heißt: Item sumtus litis et viatica tutor reputabit, si ex officio *necesse habuit* aliquo excurrere vel proficisci, so geht daraus hervor, daß das necesse habuit ebenso wie das necessario der l. 22 D. h. t. im weiteren Sinne zu verstehen ist. Vergl. auch l. 27 §. 4, l. 56 §. 4 D. mand. (17. 1).

Sclaven fehlen vielleicht die gerade in Betracht kommenden Eigenschaften. Daraus ergiebt sich, daß der Gestor auch hier nach verständigem Ermessen zu verfahren, und also mit Sorgfalt einen Sclaven zu ermitteln hat, dessen Eigenschaften dem vorhandenen Bedürfniß entsprechend sind, wobei es aber freilich nicht darauf ankommt, daß der Gerent nun gerade den Sclaven kauft, welchen der Dominus selbst kaufen würde. Denn auf welchen Sclaven die Wahl des Dominus fallen würde, kann der Gerent natürlich nicht wissen. Hat letzterer einen geeigneten Sclaven ermittelt und gekauft, so ist auch dieser Sclave immer noch nicht im eigentlichen Sinne als nothwendig zu betrachten, denn es wäre wohl noch ein anderer geeigneter Sclave zu finden gewesen. Nothwendig ist er nur, weil er das vorhandene Bedürfniß deckt. — Der Gerent, welcher die Reparatur eines baufälligen Hauses übernommen hat, kann nicht wissen, welche Balken und Steine der Dominus kaufen, oder ob derselbe die Lieferung dieser Gegenstände dem Baumeister contractlich zur Pflicht machen würde. Seine Entschädigungsklage würde im Falle des zufälligen Unterganges der von ihm gekauften Steine und Balken abzuweisen sein, wenn hier der Satz anzuwenden wäre: **nec deberet ex eo onerari dominus, quod ipse facturus non esset**[27]), denn daß auch der Dominus Steine und Balken

---

27) l. 3 §. 4 D. de in rem verso. Vergl. Windscheid a. a. O. S. 217 Note 17. In allen Fällen, wo die eigne Thätigkeit des Dominus durch Abwesenheit oder andere Umstände erschwert oder ausgeschlossen ist, läßt sich auf die Frage: was würde der Dominus thun, wenn er von den Verhältnissen unterrichtet wäre? nur eine verständige Antwort geben, und zwar die: er würde, wenn er könnte, einen Mandatar bestellen und diesem überlassen, nach verständigem Ermessen zu verwalten.

gekauft haben würde, könnte der Gerent nicht nachweisen, da es ebenso wahrscheinlich wäre, daß der Dominus die Lieferung der Materialien dem Baumeister überlassen hätte. — Muß der Dominus aus besonderen Gründen nothwendig eine individuell bestimmte Sache haben, so ist freilich diese bestimmte Sache als nothwendig anzusehen. Aber auch hier kommt es bei Ausführung des Geschäfts darauf und nur darauf an, daß der Gerent verständig handelt. Es genügt daher zur Begründung seiner Klage, wenn er die Sache unter Bedingungen erwirbt, die den Umständen nach als verständig anzusehen sind. Dürfte er nur die Bedingungen stellen, welche der Dominus selbst stellen würde, so müßte er, wenn er nicht auf eigne Gefahr handeln wollte, von der Besorgung des Geschäfts absehen.

Eine verständige Erwägung der Verhältnisse wird den generellen oder universellen Gestor übrigens manchmal dahin führen, daß es angemessen ist, gewisse Angelegenheiten, in Ansehung deren über die Intention des Dominus nichts Sicheres in Erfahrung zu bringen ist, unberührt zu lassen, sofern dies ohne Nachtheil geschehen kann. Dies gilt namentlich von solchen Verwaltungshandlungen, in Ansehung deren es auf individuellen Geschmack ankommt. Ein universeller Gestor kann daher Wohnungen, Parkanlagen u. dgl. nicht schon aus dem Grunde wesentlich verändern, weil verständige Verwaltungsgrundsätze dies zu gebieten scheinen. So oft aber der Gerent unter geeigneter Berücksichtigung der erkennbaren voluntas domini Geschäfte ausgeführt hat, deren Ausführung nach Lage der Verhältnisse durch verständige Erwägung geboten erscheint, kann ihm nachher nicht opponirt werden, daß der Dominus die Geschäfte nicht ausgeführt haben würde[28]).

---

28) Mit dem, was Wächter a. a. O. S. 352 sagt, bin ich

Verhielte es sich anders, so wäre die neg. gestio ein unpractisches Institut. Der Gerent könnte in üble Lagen gerathen. Er soll verständig handeln, nichts liegen lassen, dabei nach dem vermuthlichen Willen des Dominus handeln, und zwar seinerseits verantwortlich werden, wenn er diese Pflichten nicht erfüllt, aber wenn er sie erfüllt, dennoch nur dann Anspruch auf Entschädigung haben, wenn der Dominus ebenso gehandelt haben würde [29]).

§. 4.

Hiernach wird man anerkennen müssen, daß es zur Begründung der Klage des Gerenten genügt, wenn derselbe das von ihm übernommene Geschäft der Verwaltung verständig ausführt, indem die Grundsätze, welche in Ansehung der Alimentation, der Bestattung eines Todten u. s. w. in den Quellen anerkannt werden, wie gesagt, auch auf andere Verwaltungen, z. B. die eines Landguts, eines kaufmännischen Betriebes, eines ganzen Vermögens Anwendung finden müssen. Das vom Gerenten in die Hand genommene Geschäft der Verwaltung ist stets als ein Ganzes aufzufassen. Ist dasselbe nothwendig, oder entspricht es aus anderen Gründen den Interessen des Dominus, so kommt es nur noch darauf an, daß der Gerent es durch verständige Handlungen zur Ausführung

---

deshalb nicht ganz einverstanden. Die das. Not. 22 angeführte l. 10 §. 1 D. h. t. handelt nicht von genereller neg. gestio.

29) So Windscheid a. a. O. §. 430. Chambon, den Windscheid für sich anführt, ist keineswegs seiner Ansicht. Vergl. z. B. Chambon a. a. O. S. 74 N. 1. Daß Wächter die generelle neg. gestio im Wesentlichen so beurtheilt wie ich, habe ich schon S. 37 meiner Schrift bemerkt. Arndts hat meine Auffassung der generellen neg. gestio ausdrücklich gebilligt in Haimerl's Vierteljahrschrift a. a. O.

bringt. Es ist also nicht nöthig, daß der Gerent gerade so handelt, wie der Dominus handeln würde, wenn er selbst der Geschäftsführer wäre, und insofern als dies nicht nöthig ist, kann man eben sagen, daß die verständige Handlungsweise des Gerenten zur Begründung seiner Klage genügt. Abgesehen davon läßt sich aber nicht behaupten, daß sie genügt. Denn es versteht sich von selbst, daß nicht jede verständige Verwaltungshandlung, die Jemand animo negotia gerendi für einen Andern vornimmt, die obligatio neg. gestorum erzeugt. Man wäre nicht mehr Herr im eignen Hause, wenn man durch jede verständige Contractschließung beliebiger Personen verpflichtet würde, wenn der Dominus, welcher ein Haus oder ein Pferd nöthig hat, sich den von einem Gerenten verständig vorgenommenen Ankauf eines Hauses oder Pferdes gefallen lassen müßte [29a]). Es ist zur Begründung der Obligation des Dominus also noch ein weiterer Umstand erforderlich, und zwar ein Umstand, der es rechtfertigt, daß der Gerent die Verwaltung für den Dominus in die Hand nahm. Denn nach der Natur der Sache und allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist Niemand befugt, sich ohne rechtfertigenden Grund in die Verhältnisse Anderer einzumischen [30]). Einen rechtfertigenden Grund finden die Gesetze allein in dem Interesse des Dominus. Dies Interesse (utilitas) ist nach der Natur der Sache vorhanden, und wird von den Gesetzen als vorhanden angenommen, wenn der Dominus seine einer verwaltenden Hand bedürftigen negotia wegen Abwesenheit oder anderer Umstände nicht selbst besorgen, oder doch nicht so angemessen ausführen kann, wie der sich einmischende Gerent. Diesen Punkt habe ich schon in §. 2 meiner genannten Schrift nach-

---

29a) Vergl. auch oben Note 19a.

30) Wächter a. a. O. S. 346.

zuweisen gesucht. Den dort angeführten Beweisgründen will ich noch Folgendes hinzufügen.

Das Institut der **neg. gestio** wurde nach der gewöhnlichen Annahme, die hier nicht in Zweifel gezogen werden soll, zunächst nur im Interesse der Personen eingeführt, welche durch Abwesenheit oder andere Umstände verhindert waren, ihre Geschäfte zu verwalten. Das Edict des Prätors wollte, wie Kritz[31]) sich ausdrückt, durch seine Vorschriften zu schützender Vertretung Abwesender auffordern[32]), und es wurde also die schützende Vertretung als im Interesse Abwesender liegend vom Prätor anerkannt. Dann wurde das Institut auch auf Fälle angewandt, in welchen der Dominus weder abwesend noch sonst verhindert war, und die gemeine Meinung geht nun dahin, daß diese Fälle gerade so zu beurtheilen seien, wie diejenigen, für welche das Institut ursprünglich berechnet war. Diese Ansicht ist unrichtig, denn gerade das Interesse, welches die Einführung des Instituts veranlaßt hat, liegt für Personen, die ihr Vermögen selbst verwalten, und also eine schützende Vertretung nicht nöthig haben, offenbar nicht vor, weshalb das Institut der **neg. gestio** denn auch in seiner Anwendung auf solche Personen nothwendig eine andere Gestalt annehmen mußte[33]). Wenn man die hier in Betracht kommenden Gesetzstellen etwas näher ansieht, so wird man sich, wie ich glaube, davon überzeugen, daß die römischen Juristen den abwesenden und diesen gleichstehenden Geschäftsherrn ein ganz anderes Interesse zuschreiben, als den anderen, und daß die so häufige Erwähnung der **absentia** nicht befriedigend aus dem Gesichtspunkt einer historischen Reminiscenz erklärt werden

---

31) Pandectenrecht I. 1 S. 358.

32) Aehnlich Wächter a. a. O. S. 349.

33) Vergl. meine Schrift S. 6.

kann. Ulpian, welcher in lib. X ad edictum (l. 3 §. 1 D. h. t.) die Worte des Edicts über neg. gestio mittheilt, sagt in demselben Buche: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi etc.[34]). Die Bezugnahme Ulpian's auf die Abwesenheit kann hier schon deshalb nicht als eine historische Reminiscenz aufgefaßt werden, weil Ulpian im Präsens spricht. Er sagt nicht etwa: das Edict wurde mit Rücksicht auf Abwesende für nothwendig gehalten, sondern: das Edict ist nothwendig, weil abwesende Geschäftsherren so sehr dabei interessirt sind, daß sie nicht unvertreten bleiben. So hätte Ulpian nicht sprechen können, wenn man zu seiner Zeit angenommen hätte, daß die neg. gestio für Abwesende in jeder Hinsicht ebenso zu beurtheilen sei, wie die neg. gestio für Antwesende. Es ist gewiß, daß man zu Ulpian's Zeit die Grundsätze der neg. gestio nicht mehr auf das Verhältniß Abwesender beschränkte, denn die ebenfalls aus Ulpian's lib. X ad edictum herrührende l. 10 D. h. t. bezieht sich ohne Zweifel auf Geschäftsherren aller Art, was auch nicht bestritten ist. Danach aber ist nicht zu verkennen, daß Ulpian in l. 1 D. h. t. den abwesenden Geschäftsherrn ein besonderes, für anwesende nicht vorliegendes Interesse zuschreibt, und daß also, nach seiner Meinung, die utilitas und das utiliter gestum verschieden aufzufassen ist, jenachdem es sich um die Geschäftsführung für einen abwesenden oder anwesenden Dominus handelt. Das Interesse, welches für abwesende, nicht aber für anwesende Geschäftsherren vorliegt, findet Ulpian in der schützenden Vertretung (ne indefensi etc.), was ja auch ganz der Natur der Sache entspricht, da wohl abwesende Geschäftsherren, nicht aber die, welche selbst für sich sorgen

34) l. 1 D. h. t

können, der schützenden Vertretung bedürftig sind. Wenn aber die nur für Abwesende anzuerkennende **utilitas** eben darin gefunden wurde, daß überhaupt nur Jemand verwaltend eintrat, **ne negotia desererentur**[35]), so ist damit der Schlüssel gefunden zur Erklärung der Stellen, nach welchen bloße Verwaltungshandlungen, z. B. Anleihen, als ein **utiliter gestum** angesehen werden. Ist die bloße Verwaltung für Abwesende, aber auch nur für Abwesende, von Interesse, so folgt, daß bloße Verwaltungshandlungen, insbesondere bloße Contractschließungen, zwar den abwesenden Geschäftsherrn obligiren können, nicht aber die Geschäftsherrn, welche ihre **negotia** selbst verwalten können und wollen. Daß Abwesende durch bloße Contractschließungen verpflichtet werden können, ergiebt sich bestimmt aus **l. 2 D. h. t. (Gajus libro III ad edictum provinciale)**. Hier ist ausdrücklich von einem abwesenden Dominus die Rede und es beruht nur auf einem Mißverständniß der Quellen, wenn man diese Bestimmung ohne Weiteres auf Geschäftsherren jeder Art anwendet. Geschäftsherren, die selbst für sich sorgen können und wollen, sind in keiner Weise dabei interessirt, daß Jemand sich ihrer Verwaltung annimmt. Sie können zwar durch nutzenbringende Einwirkung auf ihr Vermögen verpflichtet werden, aber nicht durch das bloße Verwalten. Wenn der Gerent Geld leiht, um es für den Dominus zu verwenden, so nimmt er eine bloße Verwaltungshandlung vor, mit der er noch nicht auf das Vermögen des Dominus einwirkt. Gleichwohl ist diese Verwaltungshandlung für den abwesenden Dominus von Interesse und daher verpflichtend, weil sie ein Stück der vom Gerenten übernommenen, durch des Dominus Interesse gerechtfertigten Verwaltung ist. Für Geschäfts-

35) §. 1 J. de oblig. quae quasi ex contr.

herren, die ihre negotia selbst besorgen, ist diese Verwaltungshandlung von keinem Interesse. Man hat zwar das Gegentheil zu beweisen gesucht, aber bis jetzt nur Scheingründe beizubringen gewußt. Ein leerer Scheingrund ist es doch offenbar nur, wenn man sagt: Der Nutzen liegt in dem Unternehmen selbst. Denn das ganze Unternehmen, die ganze Geschäftsführung ist für den Dominus, welcher selbst für sich sorgen kann, von keinem erdenklichen Interesse. Derselbe ist vielmehr dabei interessirt, daß der Gerent sich nicht einmischt. Es ist daher nicht der geringste Grund zu der Annahme vorhanden, daß Gajus seinen Ausspruch in l. 2. D. h. t. nicht auf den absens beschränkt wissen will. Die Erwähnung des absens ist für ihn eben so wenig eine historische Reminiscenz, wie für Ulpian in l. 1 D. h. t. Höchstens könnte man sagen, daß die Grundsätze der neg. gestio zu Gajus' Zeit vielleicht noch nicht auf andere als abwesende Geschäftsherrn angewandt seien, die absentia also deshalb von Gajus hervorgehoben sei, weil sie zu seiner Zeit noch eine Voraussetzung des judicium neg. gestorum gewesen sei. Aber dann ist es, ganz abgesehen von dem, was oben über Ulpian's Auffassung mitgetheilt ist, aus den in der Sache liegenden Gründen ebenso unthunlich, die Bestimmungen der l. 2 D. h. t. auf andere als abwesende Geschäftsherrn anzuwenden. Denn als die römische Jurisprudenz über die ursprünglichen Bestimmungen und Zwecke des Edicts über neg. gestio hinausging, hielt sie doch daran fest, daß nur der Gerent auf Entschädigung klagen könne, welcher utiliter gerirt habe. Bei Entscheidung der Frage, ob utiliter gehandelt sei, kam es aber natürlich auf die Verhältnisse der concreten Fälle an, und so mußte sich denn die Utilität ganz von selbst verschieden gestalten, jenachdem für einen abwesenden

oder für einen anwesenden Dominus gerirt war[36]). — Auf jeden Fall führt die obige Entwickelung dahin, daß die ebenfalls von Gajus herrührende, so häufig angeführte l. 22 D. h. t., sich auf das Verhältniß abwesender Geschäftsherren bezieht. Denn entweder galt zu Gajus' Zeit das Institut der neg. gestio überhaupt nur für das Verhältniß abwesender Geschäftsherrn, in welchem Falle Gajus natürlich auch in l. 22 cit. nur einen abwesenden Dominus im Sinn haben kann, oder die Anwendung war schon erweitert. Für diesen Fall ergiebt l. 2 D. h. t., daß Gajus, ebenso wie Ulpian, nur in Ansehung abwesender Geschäftsherrn annahm, daß die bloße Verwaltung, daß eine bloße Contractschließung verpflichtend sei. Beide Stellen (l. 2 und l. 22 D. h. t.) sind aus Gaj. libr. III. ad edictum provinciale. In l. 2. erklärt Gajus, daß der absens durch bloße Contractschließungen verpflichtet werde, in l. 22 sagt er, daß der bloße Ankauf von Wein und Getreide den Dominus verpflichte. Es ist nicht zu bezweifeln, daß er auch hier an einen abwesenden Dominus denkt, da er ja in demselben Buche hervorgehoben hatte, daß der Abwesende durch bloße Contractschließungen des Gerenten obligirt werde. Verschiedene andere von Contractschließungen handelnde Stellen, die für diese Lehre von Bedeutung sind, rühren von Ulpian her, z. B. l. 3 und 5 D. de in rem verso (15. 3) und sind daher in demselben Sinne zu verstehen, wie die oben besprochene l. 1 D. h. t. Diese Beweisgründe, denen sich leicht noch andere ähnlicher Art an die Seite stellen ließen, werden genügen.

Hiernach glaube ich nach wie vor, mit meiner Behauptung auf gesetzlichem Boden zu stehen, daß die vollständig wirksame obligatio neg. gestorum, nämlich die, welche nicht bloß durch

36) Vergl. meine Schrift §. 2.

Impensen, sondern schon durch bloße Verwaltungshandlungen begründet werden kann, nur dann eintritt, wenn der Gerent thätig geworden ist, „ne negotia desererentur“, wenn also der Geschäftskreis, dessen er sich angenommen hat, das Bedürfniß eines Verwalters hatte, und der Dominus sich nicht in der Lage befunden hat, dies Bedürfniß durch eigne Thätigkeit angemessen erledigen zu können. Die Aussprüche der römischen Juristen entsprechen der Natur der Sache und stehen in dem besten Zusammenhange, wenn man sie von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet[37]). Ich finde also in objectiven Momenten, nämlich darin, daß die negotia domini der Verwaltung bedürftig sind und der Dominus nicht selbst als Verwalter thätig sein kann, das entscheidende Princip. Auf das subjective Moment lege ich nur insofern Gewicht, als sich eben nur durch das Zurückgehen auf den vermuthlichen Willen des Dominus mit Sicherheit feststellen läßt, ob jene objectiven Momente im einzelnen Falle genügend vorliegen oder nicht.

Den aus meinen Principien folgenden Satz, daß Jemand, der seine negotia selbst verwaltet, in der Regel nicht durch bloße Contractschließungen eines Gerenten obligirt wird, halte ich für einen sicheren Leitfaden in dieser durch viele widersprechende Darstellungen verwirrt gewordenen Lehre. Ich halte an diesem Satz auch für solche Fälle fest, in denen ein Gerent unter so günstigen Bedingungen für den selbstverwaltenden Dominus contrahirt hat, daß man mit Sicherheit annehmen kann, der Dominus würde zu dieser Vertretung seine Genehmigung ertheilt haben, wenn er im Augenblick des Contrahirens von den Verhältnissen Kenntniß gehabt hätte. Wind-

---

37) Die Vorwürfe, welche Dankwardt: Die negotiorum gestio, S. 26, 27, den römischen Juristen macht, sind daher nicht begründet.

scheid[38]) sieht die Sache anders an, da er den Grundsatz aufstellt, daß die **obligatio neg. gestorum** eintritt, wenn der Gerent eine Aufopferung macht oder eine Verbindlichkeit übernimmt, die der Dominus auch selbst machen oder übernehmen würde, wenn er von den Verhältnissen Kunde hätte. Diese Auffassung halte ich aus verschiedenen Gründen, insbesondere aber deshalb für unrichtig, weil das Institut der **neg. gestio** gar nicht darauf berechnet ist, dem Dominus derartige Vortheile zuzuwenden, indem es vielmehr vorzugsweise dazu dienen soll, den Nachtheilen vorzubeugen, welche der Mangel eines Geschäftsführers den Interessen einer Person zu verursachen droht. Ferner aber sind die fraglichen Vortheile in der That sehr problematischer Natur. Wo zwei Personen für ein und dasselbe Vermögen thätig sind, ohne gegenseitig von ihrer Thätigkeit Kenntniß zu haben, da können, wenn die Handlungen beider Personen von rechtlicher Wirkung sind, Verwickelungen und Nachtheile entstehen, die sich jeder Berechnung entziehen. Nur da, wo die Thätigkeit des Dominus selbst ausgeschlossen ist, kann deshalb davon die Rede sein, daß die Thätigkeit eines Gerenten seinem Interesse entspreche. Jemand will sein Landgut verkaufen, und hat es wiederholt zu gewissen Bedingungen ausgeboten. Der Nachbar weiß dies, findet irgendwo sehr günstige Gelegenheit zum Verkaufe, von der er als freiwilliger Geschäftsführer Gebrauch macht. Nach Abschluß dieses Handels, aber bevor der Eigner von demselben Nachricht erhalten hat, verkauft dieser das Landgut selbst. Wäre er damals, als der Nachbar contrahirte, von diesem Verhältniß unterrichtet gewesen, so würde er die Vertretung genehmigt haben, indem davon ausgegangen wird, daß der Gerent noch günstiger verkauft hat, als der Dominus selbst.

---

38) A. a. O. Vergl. auch Arndts, Pand. §. 298.

Folglich muß letzterer, nach der Ansicht Windscheid's, den Handel des Gerenten gegen sich gelten lassen[39]). Man vergleiche ferner den Fall, welchen ich S. 9 meiner angeführten Schrift mitgetheilt habe. Daß solche Fälle leicht eintreten können, wenn Dominus und Gestor sich an verschiedenen Orten aufhalten, und daß z. B. Kaufleute sehr leicht in unangenehme Verwickelungen gerathen könnten, wenn sie die von diensteifrigen Geschäftsfreunden für sie geschlossenen Geschäfte gegen sich gelten lassen müßten, wird von selbst einleuchten. — Hat Jemand ohne Auftrag einen vortheilhaften Handel für einen Geschäftsfreund geschlossen, so wird dieser den Handel in der Regel mit Dank genehmigen, wenn kein Zufall eingetreten ist. Aber darauf muß man die Bedeutung solcher Contractschließungen auch beschränken und daß denselben im Leben wirklich keine weitere Bedeutung beigelegt wird, als die einer Gefälligkeit, daß also der Gestor, welcher für einen selbstverwaltenden Dominus contrahirt, als auf eigne Gefahr handelnd angesehen wird, dürfte nicht zweifelhaft sein. Der Respect vor den Verwaltungsbefugnissen des Eigners, oder wie Leist sagt: vor der Privatsouverainetät, ist in der That größer, als manchmal angenommen zu werden scheint. Der Dominus würde dem Gerenten, welcher aus solchen Contractschließungen eine obligatio neg. gestorum herleiten wollte,

39) Wie Windscheid urtheilen auch Dankwardt a. a. O. S. 26, Kritz a. a. O. Hätte der Dominus nicht selbst contrahirt, so würde er den Handel des Gerenten natürlich genehmigen. Wenn Jemand an der Börse ein Papier für 70% kaufen kann, mit sicherer Aussicht, es für 70½% verkaufen zu können, so verpflichtet er den A. nicht, wenn er für diesen zu 70% kauft. Freilich wird A. freiwillig genehmigen, wenn es dem Gerenten wirklich gelingt, zu 70½ zu verkaufen, aber wenn der Handel mißlingt, so hat er den Schaden selbst zu tragen. Anders wird dieser Fall anscheinend aufgefaßt von Laband in Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 10 S. 231 Nr. 70.

mit Grund einwenden: ich habe einen Vormund nicht nöthig, lege Werth darauf, meine Angelegenheiten selbst zu besorgen, wobei es mir auch gar nicht darauf ankommt, ob ein Anderer vielleicht unter günstigeren Bedingungen für mich contrahiren kann.

§. 5.

Zum Schluß sollen noch die Ansichten einiger neueren Schriftsteller etwas näher betrachtet werden [40]).

1) Wächter [41]) geht davon aus, daß die Einmischung in fremde Angelegenheiten an sich etwas Unbefugtes sei und für den Eigner höchst unangenehm und lästig werden könne. Deshalb könne die Einmischung jedenfalls nur durch höchst dringende Gründe gerechtfertigt werden. Von dieser Ansicht lasse sich auch das römische Recht leiten, indem es die neg. gestio als etwas betrachte, was man zwar bis auf einen gewissen Grad rechtlich begünstigen müsse, aber nur für Nothfälle. Eine von Anfang an, ohne Rücksicht auf ihren Erfolg gültige und den Dominus verpflichtende neg. gestio sei daher nur dann vorhanden, wenn die vom Gestor unternommene Handlung für den Dominus eine res necessaria gewesen sei wenn sie nothwendig habe ausgeführt oder versucht werden müssen, um Schaden und Unannehmlichkeiten von dem Dominus abzuwenden. — Gegen diese Ansicht habe ich einzuwenden, daß ein dringender Grund zur Einmischung jedenfalls nur vorliegt, wenn es sich um nothwendige Geschäfte handelt, die der Dominus nicht selbst besorgen kann. Die von Wächter selbst angegebenen Gründe sprechen entschieden dafür,

40) In Betreff der Ansichten älterer Schriftsteller vergl. Wächter a. a. O. S. 341 ff.

41) A. a. O. S. 346.

daß man die Einmischung des Gerenten nur da für gerechtfertigt halten kann, wo die eigne Thätigkeit des Dominus aus besonderen Gründen nicht zur Anwendung kommen kann. Wie läßt sich von einem Nothfall reden, wo es sich um ein dringendes Geschäft handelt, welches der Dominus selbst auszuführen im Stande ist?

2) Leist versucht nachzuweisen, daß die Grundsätze der Impensenlehre als die wesentliche Grundlage der Lehren von der **neg. gestio** und **in rem versio** zu betrachten seien. Ich habe schon in meiner Schrift über **neg. gestio** dargelegt, daß dieser Auffassung insoweit ein richtiger Gedanke zum Grunde liegt, als es sich nur darum handelt, ob die Klage des Gerenten durch Vornahme von Verwendungen auf das Vermögen des Dominus begründet ist. Aber die Art und Weise wie Leist nun auch bloße Verwaltungshandlungen, die von der Impensennatur nichts an sich tragen, mit auf dasselbe Gebiet herüberzuziehen sucht, ist, wie ich fortwährend annehme, durchaus nicht zu billigen. Die Brücke über die Kluft zwischen der Lehre von den Impensen und der von der **neg. gestio** ist ihm das **negotium utiliter coeptum**. Ich will über diesen Ausdruck, der, wie Jacobi[42]) sagt, öfter mißverstanden ist, der aber von Niemand unrichtiger aufgefaßt ist, als von Jacobi, bei dieser Gelegenheit noch Folgendes bemerken. Ulpian, von dem wir wissen, daß er abwesenden Geschäftsherrn ein ganz anderes Interesse an der Verwaltung eines Gerenten zuschreibt als anderen Geschäftsherrn, spricht sich in **l. 10 §. 1 D. h. t.**, wo es ihm aber nicht darauf ankommt, ob der Dominus abwesend ist, oder nicht, in etwas redseliger Weise darüber aus, daß die **actio neg. gestorum** nicht bloß angestellt werden kann: **si effectum habuit negotium**, sondern in allen Fällen, wo **utiliter** ge-

---

42) A. a. O. S. 223 Note 74.

rirt ist, „**etsi effectum non habuit negotium**". So, sagt er, sei die Klage begründet, wenn ein Haus des Dominus gestützt, ein Sclave desselben geheilt sei, ohne daß etwas darauf ankomme, ob das Haus nachher abgebrannt, der Sclave gestorben sei. Aber, bemerkt er weiter, nicht unter allen Umständen sei die Klage in solchen Fällen begründet, denn wenn z. B. der Dominus beabsichtigt habe, das gestützte Haus zu derelinquiren, so sei nicht **utiliter** gerirt und daher auch die Klage nicht begründet, wobei auch nichts darauf ankomme, ob der Gerent geglaubt habe, daß er **utiliter** gerire, „**ut enim eventum non spectemus, debet utiliter esse coeptum.**" Mit dieser harmlosen Aeußerung hat Ulpian offenbar nur sagen wollen, daß bei der Frage, ob **utiliter** gerirt ist, auf die Zeit gesehen werden muß, in der das Geschäft vorgenommen wurde, daß also, wie Leist[43]) richtig bemerkt, das **negotium** nach den Verhältnissen beurtheilt werden muß, unter denen es geschah. Auf das schließliche Resultat des Geschäfts, also auf das Ende desselben, meint Ulpian, wird nur dann nicht gesehen, wenn der Anfang dem Interesse des Dominus entsprechend gewesen ist. Leist faßt diese Stelle ähnlich auf, aber er läßt diese Auffassung nur gelten für die Impensenlehre, indem er dem **negotium utiliter coeptum** für das Gebiet der **neg. gestio** und **in rem versio** eine weitergehende Bedeutung einräumen zu müssen glaubt. Er giebt zu, daß das Geschäft des Stützens einer **insula** noch nicht **utiliter coeptum** sei, wenn der Verwendende Geld geliehen oder Sachen gekauft habe, um das Stützen vornehmen zu können, aber er meint, daß, wenn ein Gerent Geld geliehen oder Sachen gekauft habe, um ein nothwendiges Geschäft zu besorgen, das Geschäft allerdings **utiliter coeptum** sei, denn

---

43) A. a. O. S. 48.

durch jene Contractschließungen sei die Geschäftsführung eine vollendete Thatsache geworden und deswegen das nothwendige Geschäft selbst **utiliter coeptum**. Daß dieser Schluß ein Fehlschluß ist, habe ich schon früher gezeigt[44]). Ich will noch bemerken, daß der Fall, welchen Ulpian in l. 10 cit. behandelt, mit den hier fraglichen Contractschließungen nicht das Geringste gemein hat, und daß die Stellen, auf welche Leist sich beruft, nämlich **l. 17 pr. D. de in rem verso, l. 3 §. 7, 8, 10 eod.**, zwar sagen, daß der Gerent, welcher als solcher Geld geliehen oder Sachen gekauft hat, trotz des zufälligen Unterganges dieser Gegenstände, auf Entschädigung klagen könne, aber nicht, daß er deswegen auf Entschädigung klagen könne, weil wegen der vorgenommenen Contractschließungen das unternommene **negotium necessarium** als **utiliter coeptum** zu betrachten sei. Das allein Richtige in der Leist'schen Deduction ist, daß durch die Contractschließungen die Geschäftsführung zu einer vollendeten Thatsache wird. Die Frage aber: für wen denn die Geschäftsführung eines Gerenten ersprießlich ist, kann nicht anders beantwortet werden als dahin: für den, der selbst nicht im Stande ist, seine nothwendigen Geschäfte auszuführen. — Uebrigens ist die Meinung, daß man die **l. 17 pr. D. de in rem verso** und ähnliche Stellen aus dem Gesichtspunkt des **negotium utiliter coeptum** zu erklären habe, sehr alt. Schon die Glosse bemerkt zu **l. 17: Ad hanc actionem (de in rem verso) sufficit negotium utiliter coeptum, sicut in actione neg. gestorum et mandati.**

3) Vangerow[45]) erklärt sich im Wesentlichen mit Wächter und Leist einverstanden und bemerkt, daß der

---

44) Vergl. meine angef. Schrift S. 15 ff. S. 29. 30.

45) Pandecten Bd. 3 §. 664 Nr. 3.

Geschäftsherr in der Regel nur dann obligirt wird, wenn die Geschäftsführung geschehen ist, um drohenden Schaden abzuwenden, also in Nothfällen. Da aber ein Schaden nicht droht und ein Nothfall nicht vorhanden ist, wo es sich um nothwendige Geschäfte handelt, die der Geschäftsherr ganz gut selbst ausführen kann, so hätte Vangerow nicht mit Wächter und Leist auf die Nothwendigkeit der vom Gerenten besorgten Geschäfte das entscheidende Gewicht legen müssen, sondern auf die Nothwendigkeit des Geschäftsführers.

4) Dankwardt[46]) sagt: Das Recht behandle gewisse für einen Anderen vorgenommene Handlungen, als wäre der Handelnde von dem Andern dazu beauftragt. Dies geschehe dann, wenn anzunehmen sei, daß die für den Andern vorgenommene Handlung im Augenblicke ihres Beginnes von diesem als einem verständigen Hausvater hätte gebilligt werden müssen[47]). Der fehlende Auftrag werde rechtlich fingirt, und das Verhältniß materiell als Mandat aufgefaßt. — Ich habe schon S. 27 meiner genannten Schrift nachgewiesen, daß es zu unrichtigen Resultaten führt, wenn man den Gerenten so beurtheilt, als wäre er wirklich beauftragt. Ferner ist die Annahme, daß der Gerent nur wegen solcher Handlungen auf Entschädigung klagen kann, zu denen der Geschäftsherr vermuthlich ein Mandat gegeben haben würde, nicht richtig. Bei generellen Geschäftsführungen kommt, wie oben gezeigt ist, sehr häufig nichts darauf an, ob der Dominus die einzelnen vom

46) Die neg. gestio S. 26.

47) Es soll dabei auch auf individuelle Neigungen des Dominus gesehen, bloßer Eigensinn desselben aber nicht in Betracht gezogen werden. S. 26 u. 29. Wenn der Gerent für die Familie des Dominus Kleider gekauft hat und der Dominus einwendet, daß dieselben seinem Geschmack nicht zusagen, wie soll man dann ermitteln, ob hier bloßer Eigensinn vorliegt?

Gerenten vorgenommenen Verwaltungshandlungen auch selbst vorgenommen oder doch gebilligt haben würde. Endlich aber ist der Umstand, daß der Gerent eine Handlung vorgenommen hat, die der Dominus vermuthlich gebilligt haben würde (z. B. Ankauf eines Hauses), überall nicht geeignet, die Einmischung des Gerenten zu rechtfertigen. Der Dominus ist nicht dabei interessirt, daß der Gerent eine Handlung vornimmt, die er selbst vornehmen kann und will, auch dann nicht, wenn er im Begriff steht, die nämliche Handlung selbst vorzunehmen.

5) Köllner[48]) hat den richtigen Gedanken angenommen, daß ein die Einmischung des Gerenten rechtfertigender Grund erforderlich ist. Er zählt drei Gründe dieser Art auf, nämlich den Willen des Dominus, das Bedürfniß desselben nach einem Geschäftsführer, und den Mangel einer Belästigung des Dominus durch den Gestor vertreten zu werden. Dieser dritte Grund, welcher schon deshalb unrichtig ist, weil zur Begründung der Klage des Gerenten stets gehört, daß er **utiliter** gerirt hat, macht die ganze Theorie unbrauchbar. Ob und unter welchen Umständen es den Dominus z. B. belästigt oder nicht, wenn der Gerent Contracte für ihn geschlossen hat, ist nicht zu ermessen. Vielleicht kann man sagen, daß es ihn stets belästigt, sofern die Contracte ihn verbindlich machen sollen. Es würde mich zu weit führen, wenn ich mich auf eine ausführliche Widerlegung dieser Theorie hier einlassen wollte.

6) Arndts[49]) bemerkt: Zur Begründung der Klage des Gerenten sei erforderlich, daß derselbe mit Sorgfalt und verständiger Erwägung dem wirklichen Interesse des Dominus gemäß gehandelt habe, so daß allen Umständen nach anzunehmen sei, dieser würde, falls er seinen Willen kund zu geben

---

48) Die Grundzüge der obl. neg. gestorum §. 4—6.

49) Pandecten §. 298.

Gelegenheit gehabt hätte, diese Art der Stellvertretung gebilligt haben. Für den Fall, daß die Umstände zu der Annahme berechtigen, daß der Dominus die neg. gestio gebilligt haben würde, hält Arndts es für genügend, wenn der Gerent die generelle Geschäftsführung, unter Berücksichtigung der erkennbaren voluntas domini, verständig ausgeführt hat [50]). — Diese Ansichten halte ich für richtiger, als die der anderen Schriftsteller. Sie führen im Wesentlichen jedenfalls zu richtigen Resultaten. Aber weil Arndts Alles auf den vermuthlichen Willen des Dominus stellt, ohne zu verlangen, daß das Bedürfniß eines Vertreters objectiv vorhanden ist, so können sie, wie wir oben [51]) gesehen haben, doch auch zu recht bedenklichen Consequenzen führen. Die Stellen, auf welche Arndts sich beruft, sind übrigens nichts weniger als beweisend. Sie ergeben nicht den für die richtige Einsicht in diese Lehre unentbehrlichen und für die weiteren Consequenzen wichtigen Grund, aus welchem die Römer annehmen, daß der Dominus durch bloße Contractschließungen des Gerenten obligirt werden kann. Die l. 22 D. h. t. versteht Arndts anscheinend dahin, daß der Ankauf von Wein und Getreide einen nützlichen Erfolg bewirkt habe, dessen Vereitelung nicht in Betracht komme, weil davon auszugehen sei, daß der Dominus in dem hier fraglichen Falle die Geschäftsführung gebilligt haben würde. Diese Auffassung halte ich für verfehlt. Ein nützlicher Erfolg ist noch nicht erreicht, wenn der Gerent nur im Bereich seines eignen Vermögens durch Ankäufe, Anleihen oder dergl. Veränderungen vorgenommen hat, um ein negotium domini ausführen zu können. Daß der Ankauf von Wein und Getreide dennoch als verpflichtend ange-

50) Heimerl's Vierteljahrsschr. a. a. O.

51) Vergl. den Text zu Note 38.

sehen wurde, läßt sich an der Hand der Quellen auf keine andere Weise erklären, als dadurch, daß schon die bloße Verwaltungshandlung, welche der Gerent vornahm, indem er kaufte, dem Interesse des Dominus entsprach. Wie ließe sich die l. 17 pr. D. de in rem verso befriedigend erklären, wenn nicht auf diesem Wege! Denn daß die Erklärung dieser Stelle aus dem Gesichtspunct des negotium utiliter coeptum nur ein Nothbehelf ist, und Niemand weniger als Ulpian daran gedacht hat, daß man seinen in l. 10 D. h. t. gebrauchten Ausdruck „utiliter coeptum" in solcher Weise verwenden werde, wird keiner weiteren Nachweisung bedürfen. — Bei dieser Gelegenheit will ich mir noch einige Bemerkungen über die Ausstellungen erlauben, welche Arndts in Haimerl's Vierteljahrsschrift gegen meine angeführte Schrift gemacht hat. Er sagt:

a) Im Allgemeinen sei mir unbedenklich zuzugeben, daß der Umstand, ob der Dominus verhindert gewesen, sehr in Betracht komme. Aber die Art und Weise, wie daraus eine Hauptgrundlage der Lehre von mir gebildet sei, könne man nicht genehmigen. Die Verhinderung sei nur eines, allerdings sehr wichtiges, von den Momenten, welche in Betracht zu ziehen seien. Es genüge unter Umständen auch, wenn der Gerent nur commodius als der Dominus selbst für diesen habe handeln können. — Diese Einwendung ist nicht zutreffend, weil ich, wie S. 3 meiner Schrift ausdrücklich hervorgehoben ist, den Dominus, in Ansehung dessen die Utilität der Verwaltung des Gerenten vorliegt, nur der Kürze wegen den verhinderten Dominus genannt habe.

b) Es sei nicht richtig, daß durch Bewirkung nutzbarer Verwendungen der Dominus immer verpflichtet werde. Wer eine Verwendung auf ein Haus mache, welches der Dominus vielleicht aus Eigensinn einstürzen lassen wolle, könne nicht auf

Entschädigung klagen, selbst wenn die Erhaltung des Hauses für den Dominus objectiv vortheilhaft gewesen sei. — Dieser Einwendung gegenüber nehme ich auf S. 30 meiner Schrift Bezug, wo es heißt: „Die Frage, welche Entschädigungsansprüche der Gerent sich durch die Bewirkung nutzbarer Verwendungen begründet, ist nach den im Gebiet der Impensenlehre geltenden Grundsätzen zu beantworten.“ Nach diesen Grundsätzen und den darüber von Leist[52]) gegebenen Ausführungen, auf die ich mich S. 31 im Allgemeinen bezogen habe, kann nun allerdings wegen Verwendungen der Art, wie Arndts sie gegen mich geltend macht, kein Anspruch auf Entschädigung erhoben werden, was ja auch aus l. 10 §. 1 D. h. t. deutlich genug hervorgeht. Ich habe deshalb auch den Ausdruck „nützliche“ Verwendungen absichtlich vermieden und dafür nutzbare Verwendungen gesetzt. Darunter verstehe ich Verwendungen der Art, wie sie oben im §. 1 unter 1—3 hervorgehoben sind.

c) Der von mir an die Spitze gestellte Gegensatz: Verwaltung, die als solche nützlich ist, und nutzbare Verwendung, sei auch dem Ausdruck nach nicht passend. Nützlich sei nur das, was wirklich Nutzen bringe. Vom Erfolg könne dabei nicht schlechthin abgesehen werden. Was ich sagen wolle, sei: es komme darauf an, ob es für mich wünschenswerth, in meinem Interesse sei, daß ein Anderer sich in meine Angelegenheiten mische. Dagegen bemerke ich Folgendes: Die Utilität oder Nützlichkeit der Verwaltung soll keineswegs den Gegensatz bilden zu der nutzbaren Verwendung. Vielmehr habe ich Folgendes sagen wollen. Im Falle der nutzbaren Verwendung hat der Gerent in der Regel Anspruch auf Entschädigung. Wenn aber eine nutzbare Verwendung nicht be-

52) A. a. O. z. B. S. 48, 110 fl.

wirkt ist, so kann seine Klage durch eine andere Art der Utilität begründet werden, nämlich durch die Utilität der Verwaltung, welche von den Römern als utilitas absentium bezeichnet wird und von mir auch wohl Nützlichkeit der Verwaltung genannt ist. Ich verstehe darunter, wie sich wohl ganz von selbst versteht, das Interesse, welches der verhinderte Geschäftsherr dabei hat, daß ein Gerent sich seiner negotia annimmt. Uebrigens ist auch der Ausdruck „Nützlichkeit der Verwaltung" nicht unrichtig. Denn wie die Römer mit utilis und utiliter, so bezeichnen wir mit dem Ausdruck „nützlich" auch das, was Nutzen bringen kann, z. B. nützliche Bücher, Kenntnisse u. dergl. [53]). Daß die Utilität der Verwaltung rechtlich in Betracht zu ziehen sei, scheint freilich, wie ich schon im §. 1 bemerkt habe, noch immer bezweifelt zn werden, obgleich doch gerade diese Utilität das ganze Institut in's Leben gerufen hat. Die römischen Juristen verlangen zur Begründung der Klage des Gerenten ein utiliter gestum. Da sie außerdem nicht zweifelhaft darüber sind, daß die Klage des Gerenten begründet ist, wenn derselbe für einen abwesenden Dominus Contracte geschlossen hat, die ganz ohne nützlichen Erfolg geblieben sind, so sind sie doch offenbar der Ansicht, daß man utiliter geriren kann, ohne einen nützlichen Erfolg zu bewirken. Wo aber diese Utilität zu finden ist, wenn man sie nicht in der Utilität der Verwaltung zu erkennen hat, möchte schwer zu sagen sein. Dieser Ansicht sind genau genommen auch Leist und dessen Anhänger, indem diese Schriftsteller nur darin von mir abweichen, daß sie die Utilität der Verwaltung annehmen, wenn der Gerent eine Verwaltungshandlung zur Ausführung eines nothwendi-

53) Vergl. Brissonius ad verb. utiliter, und Weygand, Synon. Handwörterbuch a. v. Nützlichkeit.

gen Geschäfts vorgenommen hat, ohne zu unterscheiden, ob der Dominus das Geschäft selbst hätte besorgen können oder nicht. Leist sagt: wenn der Gerent Geld geliehen hat, um mit demselben ein nothwendiges Geschäft des Dominus zu besorgen, so ist die Geschäftsführung eine vollendete Thatsache geworden, und folglich das nothwendige Geschäft selbst utiliter coeptum. Da nun das nothwendige Geschäft selbst, z. B. das Stützen eines Hauses, in Wirklichkeit nicht begonnen ist, so bleibt übrig, daß Leist die Geschäftsführung als utiliter begonnen ansieht. Die Frage stellt sich daher so: ob die Utilität der Verwaltung stets vorliegt, wenn ein nothwendiges Geschäft des Dominus unternommen ist, oder ob sie nur angenommen werden kann, wenn der eignen Thätigkeit des Dominus Schwierigkeiten z. B. Abwesenheit, Krankheit oder dergl. entgegengestanden haben.

7) Jacobi[54]) geht davon aus, daß das Rechtsverhältniß aus neg. gestio auf der einseitigen Willenserklärung des Geschäftsführers beruht, und bemerkt in Note 62: „Der Gedanke, daß es einseitige Rechtsgeschäfte giebt und die neg. gestio ein solches ist, scheint fast abhanden gekommen zu sein. — — So bemerkt z. B. Ruhstrat über neg. gestio S. 27, daß das Zusammentreffen der auf Geschäftsführung gerichteten voluntas des Gerenten mit dem, wenn auch nicht zum Bewußtsein gekommenen Willen des Dominus der tiefere Grund sei, auf dem die hier fragliche Obligation beruhe. Tief liegt dieser Grund allerdings, besonders wenn infantis oder furiosi negotia gerirt werden l. 3 §. 5 D. h. t." Dann heißt es im Text: „Die actio n. g. contraria beruht nicht auf einer Verpflichtung des Dominus zur Genehmigung oder auf seinem präsumtiven Consens. Die Sache ist vielmehr so aufzufassen:

54) A. a. O. S. 216.

Der Gestor bietet das (geführte) Geschäft dem Dominus an, im Ganzen, d. h. den Vortheil mit den Lasten, und der Dominus muß das Geschäft entweder ganz ablehnen, oder es annehmen, wie es offerirt ist. Deshalb ist wichtig a) die Genehmigung, b) die Beschaffenheit der Geschäfte selbst, insofern eine Ablehnung von vornherein undenkbar ist, oder doch erfolglos bleiben muß, so oft sich nachweisen läßt, daß der Dominus die für ihn bestrittenen Ausgaben ebenfalls selbst gemacht haben würde. Dies vorausgesetzt, greift nämlich der Gesichtspunkt durch, daß die einmalige Ersparniß eine dem Betrage der ersparten Ausgaben gleiche unzerstörbare Bereicherung bewirkt hat, so daß der Dominus, mag er das Geschäft ablehnen wollen oder nicht, diesen Betrag jedenfalls ersetzen muß. Hieraus ergiebt sich die vortheilhaftere Stellung des Geschäftsführers bei den **negotiis necessariis**, indem hier die Einwendung, daß die Ausgaben trotz ihrer Nothwendigkeit nicht gemacht sein würden, grundsätzlich als unerheblich betrachtet werden muß." — Der Verfasser wendet sich dann zu den nützlichen und voluptuosen Geschäften und bemerkt S. 223: „So oft sich, mag das Geschäft von dieser oder jener Beschaffenheit sein, eine Ersparniß nachweisen läßt, liegt der Nutzen (die Bereicherung) schon in dem Unternehmen selbst (**negotium utiliter coeptum**), woraus sich mit logischer Nothwendigkeit ergiebt, daß es auf den anderweiten Erfolg nicht ankommen kann, da nicht der **eventus**, sondern die in dem Vermögen des Dominus steckende Kostenersparniß Sitz der Bereicherung ist." Dazu wird in Note 74 bemerkt: „**negotium utiliter coeptum** ist jedes Geschäft, dessen Nutzen, wegen der dadurch bewirkten Ersparniß von Ausgaben, welche der Dominus sonst selbst gemacht haben würde, in dem Unternehmen selbst liegt."

Ich will zuerst auf den gegen mich gerichteten Angriff

eingehen. Derselbe beruht wohl auf einigen Mißverständnissen. Ich nehme zwei verschiedene Arten der Utilität und dem entsprechend zwei Arten der **obligatio n. g.** an. Die eine Art der Utilität liegt vor, wenn Impensen bewirkt sind, und begründet eine **actio n. g. contraria**, deren Wirksamkeit im Wesentlichen nach den im Bereich der Impensenlehre geltenden Grundsätzen zu beurtheilen ist. In Ansehung dieser Klage, auf welche meine von Jacobi in Note 62 mitgetheilte Aeußerung sich natürlich nicht bezieht, lassen die von Leist und auch die von Jacobi aufgestellten Grundsätze sich im Allgemeinen wohl rechtfertigen. Die andere Art der Utilität, welche von Jacobi wohl nicht ganz richtig aufgefaßt ist, besteht in dem Interesse, welches verhinderte Geschäftsherrn dabei haben, daß Jemand sich ihrer verlassenen **negotia** annimmt. Wo diese Utilität vorliegt, da kann man sagen, daß der Nutzen in dem Unternehmen der Geschäftsführung liegt, weshalb der Dominus von Anfang an durch jede Verwaltungshandlung des Gerenten obligirt wird, ohne daß auf den Erfolg derselben etwas ankommt. Die Utilität der Verwaltung legitimirt den Gerenten in ähnlicher Weise, wie ein Mandat den Mandatar legitimirt[55]). Sie macht es ihm möglich, den Dominus schon allein dadurch zu obligiren, daß er Geld leiht oder andere Contracte schließt. Aber die Utilität der Verwaltung findet ihre natürliche Gränze in der vermuthlichen **voluntas domini**, indem nur da, wo sich sagen läßt, daß der Dominus wegen des Verwaltungsbedürfnisses seiner **negotia** und der seiner eigenen Thätigkeit entgegenstehenden Schwierigkeiten, das Eingreifen des Gerenten gebilligt haben würde, die Utilität der Verwaltung und damit die fragliche **obligatio neg. gestorum** angenommen werden kann.

---

55) Vergl. meine angef. Schrift S. 24. 36.

So ist also die vermuthliche **voluntas domini** der tiefere Grund, auf den die gedachte **obligatio** sich zurückführen läßt. Auch ohne diese Zurückführung würde ich aber zu den nämlichen Resultaten kommen, was ich ausdrücklich hervorhebe, weil z. B. Jacobi meine Ansichten anscheinend mit der Bemerkung widerlegen zu können glaubt, daß die **obligatio neg. gestorum** auf dem einseitigen Willen des Gerenten beruhe. Wesentlich ist nur, daß der Richter in Zweifelsfällen durch das practische Bedürfniß genöthigt, auf die vermuthliche **voluntas domini** recurriren muß. Ob man den vermuthlichen Willen mit benutzt, um es sich juristisch zu erklären, daß hier ein Quasimandatsverhältniß entsteht, ist für die Resultate gleichgültig. Man greift also fehl, wenn man die von mir versuchte juristische Construction dieses Verhältnisses zur Widerlegung meiner Ansichten zu benutzen sucht. Uebrigens läßt sich gegen die Richtigkeit dieser Construction am wenigsten eine Einwendung aus dem Umstande hernehmen, daß auch **infantes** und **furiosi** durch **neg. gestio** verpflichtet werden können, denn in Ansehung dieser Personen tritt jenes Quasimandatsverhältniß eben wegen ihrer beschränkten Willensfähigkeit nicht ein. Sie werden stets nur bis auf den Betrag ihrer wirklichen Bereicherung obligirt[55a]).

Was nun die Ansicht Jacobi's betrifft, so bin ich ganz damit einverstanden, daß durch Ersparnisse, welche der Gerent für den Dominus bewirkt, die **actio n. g. contraria** begründet wird. Aber Jacobi nimmt Ersparnisse an, wo sie nicht aufzufinden sind. Seine nicht sehr klare Bemerkung: „so oft sich eine Ersparniß nachweisen läßt, liegt der Nutzen

55a) Der zufällige Untergang der Sachen, welche ihr Gerent acquirirt hat, um nothwendige Geschäfte besorgen zu können, fällt also dem Gerenten zur Last.

(die Bereicherung) schon in dem Unternehmen selbst" soll anscheinend folgenden Gedanken ausdrücken: wo der Nutzen schon in der bloßen Unternehmung liegt, da werden schon durch die bloße Vornahme des Geschäfts, also durch alle darauf gerichteten Verwaltungshandlungen, Ausgaben erspart, weil der Dominus das (nothwendige) Geschäft auch selbst vorgenommen, die Ausgaben also auch selbst gemacht haben würde. Daß die Worte ungefähr in dieser Weise verstanden werden sollen, nehme ich besonders deswegen an, weil Jacobi S. 228 in Beziehung auf nothwendige Geschäfte sagt, daß der Nutzen schon in der Vornahme der Geschäfte selbst liege. Er nimmt dabei Bezug auf die Stellen, nach welchen der Dominus durch bloße Contractschließungen des Gerenten obligirt wird, und ist also der Meinung, daß der Gerent, welcher zur Ausführung nothwendiger Geschäfte des Dominus Geld leiht oder Sachen kauft, dem Dominus durch diese Contractschließungen Ausgaben erspart. Das ist aber unrichtig. Denn, wie ich schon wiederholt bemerkt habe, bewirkt der Gerent, welcher zu Geschäften des Dominus Geld leiht oder Sachen kauft, nur im Bereich seines eignen Vermögens Veränderungen. Erst durch die wirkliche Verwendung der Gelder oder Sachen bewirkt er für den Dominus eine Ersparniß. Selbst in Fällen, wo die Sache so liegt, daß man sagen kann: der Dominus würde die vom Gerenten gekauften Sachen auch selbst gekauft haben, ein Umstand, der aber zur Begründung der Klage des Gerenten durchaus nicht erforderlich ist[56]), läßt sich ja doch gewiß nicht behaupten, daß dem Dominus eine Ausgabe erspart ist. Denn die vom Gestor gekauften Sachen gehören eben dem Gestor, und derselbe ist nun im

56) D. h. da, wo die Utilität der Verwaltung vorliegt, denn sonst kann überhaupt nicht wegen bloßer Contractschließungen geklagt werden.

Stande, das Geschäft des Dominus auszuführen. Einstweilen aber ist dies Geschäft gerade so unerledigt geblieben, wie es vor dem Ankauf unerledigt gewesen ist. Daß der Gestor sich auf die Ausführung der negotia domini gerüstet, daß er sich mit Dingen versehen hat, die zur Besorgnng dieser Geschäfte geeignet sind, ist für den Dominus gleichgültig, wenn er die Hülfe des Gerenten nicht nöthig hat. Die Differenz zwischen mir und Jacobi ist genau genommen die, welche oben nnter 6 a. E. hervorgehoben ist. Wir nehmen Beide mit Leist an, daß die Geschäftsführung eröffnet ist, sobald der Gerent ein nothwendiges Geschäft des Dominus durch Abschluß von Contracten unternommen hat. Aber während ich annehme, daß der Dominus bei dieser Eröffnung der Geschäftsführung nur dann interessirt war, wenn er nicht selbst für sich sorgen konnte, ist Jacobi der Meinung, daß die Unternehmung nothwendiger Geschäfte unter allen Umständen für den Dominus von Interesse ist. Jacobi hat nun freilich eine ganz bedeutende Unterstützung erhalten, indem, wie wir unten sehen werden, Windscheid ihm in den wesentlichsten Puncten beigetreten ist, allein so wenig erfreulich es mir auch ist, gegen Windscheid auftreten zu müssen, so kann ich doch nicht umhin, meine Ansicht nach wie vor für richtig zu halten. Die practischen Resultate, zu denen die Ansicht der Gegner führt, sind der Art, daß sie mir diese Ansicht als gänzlich unannehmbar erscheinen lassen. — Wenn die erwachsenen Töchter des A. seidene Hüte, Ballkleider, Paletots und dergl. nöthig haben, so muß A. nach Jacobi's Ansicht es als eine Ersparniß von Ausgaben anerkennen, wenn eine beliebige Person es sich einfallen läßt, die Hüte, Kleider u. s. w. für die Töchter des A. zu kaufen. Daß diese sich derartige Sachen gern nach ihrem individuellen Geschmack aussuchen, darauf darf ein consequenter Jurist keinen Werth legen. Es handelt

sich nun einmal um ein **negotium necessarium** und es liegt also der Nutzen schon in der Vornahme des Geschäfts. — Zwei Weinreisende, die wenig Geschäfte machen, erkundigen sich überall nach Personen, die nach ihren Verhältnissen Wein nöthig haben. Darauf theilen sie sich in diese Personen, und für die eine Hälfte derselben kauft der Weinreisende A. von B. die nöthigen Weine, für die andere Hälfte kauft B. von A. Diese Geschäfte sind nach Jacobi, der sich ja ganz auf die Worte der **l. 22 D. h. t.** berufen kann, für die betreffenden Geschäftsherrn vollkommen verpflichtend. Der Ankauf von Wein war für sie ein **negotium necessarium**. Das ist entscheidend. — Die Behauptung, daß der Gerent, welcher zu nothwendigen Geschäften eines Anderen Geld leiht, den Geschäftsherrn dadurch unter allen Umständen obligirt, mag, rein theoretisch betrachtet, ein ganz gutes Ansehen haben, zumal da man ja sagen kann: **negotium utiliter coeptum est**, aber für den Richter, der auf Grund dieser Behauptung nun wirklich entscheiden soll, ist sie schwerlich befriedigend. Jemand muß sich nothwendig ein neues Haus bauen, und ist von dieser Nothwendigkeit selbst überzeugt. Obgleich er für dies Bedürfniß selbst sorgen kann und will, so findet sein Nachbar sich veranlaßt, zu diesem Geschäft 1000 Thlr. zu leihen, die aber durch Zufall verloren gehen. Wenn nun der Nachbar mit der **actio n. g. contraria** auf Erstattung der 1000 Thlr. klagt, so wird der verständige Richter sich gedrungen fühlen, ihn zu fragen: was veranlaßte dich denn zu der Einmischung in ein Geschäft, welches dich nichts anging? Und wenn er bloß antwortet: die Nothwendigkeit des Geschäfts, so wird der Richter sich schwerlich entschließen, die 1000 Thlr. dem Dominus zur Last zu legen. Er wird dem Gestor sagen: da du dich ohne Noth des nothwendigen Geschäfts angenommen hast, so magst du den Schaden selbst tragen. Und

wer consequent daran festhält, daß, wie Wächter sagt[57]), „durchaus dringende Gründe" für die Einmischung des Gerenten vorhanden sein müssen, der wird diese Entscheidung des Richters gerechtfertigt finden.

8. Windscheid's Ansicht geht dahin: Der Gestor hat Anspruch auf Ersatz desjenigen, was er aus seinem Vermögen für den Dominus aufgeopfert hat, jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen: 1. Der Gestor muß die Aufopferung mit dem Willen gemacht haben, den Dominus zum Ersatz zu verpflichten; 2. die Aufopferung, welche möglicherweise auch in dem bloßen Uebernehmen einer Verbindlichkeit bestehen kann, muß sowohl an und für sich, als in Betreff ihres Maßes, im Interesse des Dominus gelegen haben, so daß derselbe, wenn er die Verhältnisse gekannt hätte, sie auch selbst gemacht, oder doch gebilligt haben würde. Dabei nimmt Windscheid[58]) auf verschiedene Stellen Bezug, und bemerkt dazu: die Nothwendigkeit der Aufopferung wird auch in anderen Stellen betont (l. 22, 31 §. 7, 46 D. h. t.) in dem Sinn, daß durch dieselbe aller Streit darüber, ob der Dominus die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ausgeschlossen wird. — Gegen diese Ansicht läßt sich, wie schon in §. 1 bemerkt ist, insofern wenig einwenden, als eine Aufopferung des Gerenten, durch welche dem Dominus

---

57) A. a. O. S. 347. Jacobi nimmt freilich an, daß durch das Leihen der 1000 Thlr. dem Dominus sofort 1000 Thlr. erspart seien! Eine Ansicht, für deren Unrichtigkeit der natürliche juristische Verstand eigentlich wohl kaum weiteren Beweis verlangt. — Daß die Klage des Gerenten durch manche Verwaltungshandlungen begründet werden kann, ohne daß der Gesichtspunct einer dem Dominus bewirkten Ersparniß zutreffend ist, soll hier nicht weiter erörtert werden. Vergl. darüber meine Schrift §. 12—19.

58) A. a. O. S. 217 Note 17.

eine entsprechende Aufopferung erspart wird, die actio n. g. contraria allerdings begründet. Abgesehen davon aber ist Windscheid's Auffassung nicht haltbar. Wenn der Gerent als solcher eine Verbindlichkeit übernimmt, indem er z. B. Sachen kauft oder Geld leiht, so hat er allerdings eine Aufopferung gemacht, vielleicht ganz derselben Art und Beschaffenheit, wie die Aufopferung, welche der Dominus gemacht haben würde, aber daraus folgt keineswegs, daß der Geschäftsherr die Aufopferung, welche er zu machen hatte, nun nicht mehr zu machen hat. Denn die vom Gestor gekauften Sachen und geliehenen Gelder gehören gerade so, wie alle anderen Vermögensobjecte des Gerenten, zu dessen Vermögen, woraus folgt, daß das in Frage stehende Geschäft des Dominus nach wie vor unerledigt ist, und bis zur wirklichen Verwendung jener Sachen unerledigt bleibt. Der Gestor hat also durch seine hier fragliche Aufopferung nichts bewirkt, als daß er sich in den Stand gesetzt hat, eine Aufopferung des Dominus unnöthig zu machen. Er hat durch seine Aufopferung die Geschäftsführung für den Dominus eröffnet. Dieser Thatbestand ist aber, wie wir oben gesehen haben, nur für den Dominus von Interesse, der fremder Hülfe bedürftig ist. Daß er auch für andere Geschäftsherrn von Interesse sei, hat Windscheid jedenfalls nicht nachgewiesen. Ferner lassen sich gegen Windscheid's Ansicht folgende Bedenken erheben.

a) Der Grundsatz, daß bei jeder einzelnen Aufopferung darauf zu sehen ist, ob der Dominus die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ist, wie schon Wächter gegen eine ähnliche Ansicht geltend gemacht hat, ein sehr schwankendes und in der Anwendung auf viele Zweifel führendes Entscheidungs-Princip. Die Verständigkeit der Handlungsweise des Gerenten ist nach Windscheid's Ansicht nicht ausrei-

chend, indem die Klage des Gerenten nicht begründet sein soll, wenn sich ergiebt, daß die Aufopferung trotz ihrer Verständigkeit vom Dominus nicht gemacht sein würde. Der Gerent wird also auch auf die individuellen Ansichten und Neigungen des Dominus zu sehen haben[59]). Danach möchte es ihm aber schwer werden, seine Klage jemals genügend zu begründen. Denn wie will er, wenn er z. B. irgend eine Sache für den Dominus gekauft hat, die Nachweisung liefern, daß der Geschäftsherr nach seinen individuellen Neigungen dieselbe Sache gekauft haben würde? Aeußersten Falls wird der Dominus einwenden können, daß die gekaufte Sache seinem Geschmack nicht zusage und über den Geschmack weiter nicht zu streiten sei, oder daß die Bedingungen, unter welchen der Gerent gekauft habe, ihm in dieser oder jener Beziehung nicht genehm seien[60]).

b) Diese Schwierigkeiten werden nun freilich sehr eingeschränkt durch die weitere Bemerkung Windscheid's, daß bei nothwendigen Geschäften jeder Zweifel darüber, ob der Dominus die Aufopferung auch selbst gemacht haben würde, ausgeschlossen ist. Diese Behauptung aber, nach welcher jeder Contract, den der Gestor schließt, um ein neg. necessarium zu besorgen, den Dominus obligirt, erscheint mir noch weit bedenklicher. Denn sie soll auch gelten in Ansehung der Ge-

---

59) Das verlangt auch Dankwardt. Vergl. oben Note 47.

60) Aehnliche Bedenken lassen sich erheben gegen die verdienstvolle Abhandlung von Chambon: die negot. gestio §. 6, 7, der aber besonders entgegensteht, daß sie keinen die Einmischung des Gerenten rechtfertigenden Grund verlangt, obgleich Wächter dies Erforderniß so entschieden betont hatte. Dieser Vorwurf trifft übrigens auch Jacobi und Windscheid. Denn daß der Gestor etwas thut, was auch der Dominus thun würde, rechtfertigt seine Einmischung nicht, da nur der Dominus selbst die Befugniß hat, das zu thun, was zu thun ist.

schäftsherrn, die ihre Angelegenheiten selbst verwalten. Wenn ich also einen Rock nöthig habe, so muß ich es mir gefallen lassen, wenn ein Gerent mir einen grünen Rock kauft, ohne mit der Einwendung gehört zu werden, daß ich mir einen schwarzen Rock gekauft haben würde, oder daß ich mir von meinem bisherigen Schneider einen Rock hätte anfertigen lassen. — Kauft der Gestor eines abwesenden Dominus für dessen Söhne schwarze oder braune Kleiderstoffe, so wird, wenn der Gerent nach zufälligem Untergange dieser Sachen klagt, natürlich Niemand annehmen, daß der Dominus mit der Einwendung freikommen könne: er selbst würde grüne oder blaue Stoffe gekauft haben, — da der Gerent nur den **modus, quem dominus praestare consueverat**, einzuhalten brauchte. Aber wenn Jemand, der seine Angelegenheiten selbst besorgt, für seine Söhne Röcke anschaffen muß, so wird er es sich doch gewiß nicht gefallen zu lassen brauchen, wenn ein Gerent ihm grüne oder blaue Röcke kauft, während er selbst vielleicht schwarze oder braune gewählt haben würde. Daraus dürfte sich ergeben, daß man schwerlich umhin kann, die Besorgung des Geschäfts der Alimentation, und ebenso die Besorgung anderer Geschäfte, von verschiedenen Gesichtspuncten aufzufassen, jenachdem sie für einen Geschäftsherrn erfolgt, der selbst verwaltet, oder der nicht selbst thätig sein kann [61]). Auf den Gerenten des letzteren gehen, wie schon früher bemerkt wurde, die Verwaltungsbefugnisse des Dominus über, weshalb es nur auf das Ermessen und den Geschmack des Gerenten ankommt. — Indem ich ferner auf die gegen Jacobi angeführten Beispiele Bezug nehme, bemerke ich hier nur noch, daß die Praxis mit Sätzen, wie Windscheid sie aufstellt, doch wohl schwerlich fertig werden kann. Ich will dafür zum

61) Vergl. auch Note 19a, 21a.

Schluß noch folgenden Fall anführen. Ein Miether, der mit seinem Vermiether in derselben Stadt wohnt, nimmt eine nothwendige Reparatur an dem gemietheten Hause vor, indem er z. B. die durch ein Unwetter zerschlagenen Fensterscheiben wieder einsetzt. Durch die Ausführung der Reparatur begründet er sich Entschädigungsansprüche, weil er dem Dominus eine Ausgabe erspart. Aber anders verhält sich die Sache, wenn er zu der Reparatur Geld leiht, und das Geld ohne sein Verschulden nicht zur Verwendung kommt. Denn wenn er Geld leihen will, so mag er, wenn er nicht auf eigne Gefahr zu handeln wünscht, zunächst den Dominus fragen, ob er damit zufrieden ist[62]). Dazu fehlt es ihm nicht an Gelegenheit, da der Dominus an demselben Orte wohnt. Vielleicht hat der Dominus Geld genug vorräthig, vielleicht ist auch der Glaser, welcher die Scheiben einsetzen soll, bereit, auf Credit zu arbeiten, wenn nicht der Gestor, sondern der Dominus ihn dazu veranlaßt. Trotzdem ist es nach Windscheid, Jacobi u. s. w. für den Dominus verpflichtend, wenn der Gerent Geld leiht, ohne den Dominus zu fragen, eine Ansicht, die übrigens insofern ungefährlich ist, als es im practischen Leben wohl schwerlich Jemandem in den Sinn kommen wird, so zu handeln. Aber gestattet denn nun die gesunde Vernunft, in einem solchen Falle zu sagen, daß das **negotium utiliter coeptum** ist?

---

62) Vergl. meine Schrift S. 32 in der zweiten Note.

IV.

Die verbindliche Kraft der auf nicht verfassungsmäßigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen.

Von

G. Planck,

Obergerichtsrath in Meppen.

Inhalts-Verzeichniß.

§. 8. Recht der Stände, die ohne ihre Mitwirkung erlassenen Gesetze und Verordnungen anzufechten.

§. 9. Die Ministerverantwortlichkeit.

§. 10. Der Unterschied zwischen Gesetzen und Verordnungen.

§. 11. Das Recht des Landesherrn, Nothgesetze zu erlassen.

§. 12. Das Recht des Landesherrn, darüber zu entscheiden, ob die ständische Zustimmung im einzelnen Falle erforderlich und eventuell ob sie ertheilt sei.

§. 13. Die verfassungsmäßige Entstehung der Gesetze und Verordnungen ist Bedingung ihrer Verbindlichkeit.

§. 14. Einzelne Folgerungen daraus.

§. 15. Prüfung der Zweckmäßigkeit des bestehenden Rechts.

Einleitung.

In einer Schrift des Kronoberanwalts Martin, betitelt „der Umfang des landesrichterlichen Prüfungsrechts hinsichtlich des Entstehens gültiger Gesetze und Verordnungen in den constitutionellen deutschen Bundesstaaten“ [1]), sind die Beschlüsse des Wiener und Mainzer Juristentages über denselben Gegenstand einer Kritik unterzogen und als unrichtig darzustellen gesucht.

Ich kann die Einwendungen Martin's gegen die gedachten Beschlüsse nicht für begründet halten und will versuchen, sie dagegen zu vertheidigen.

Gegen manches Einzelne, was von den verschiedenen Rednern zu ihrer Vertheidigung vorgebracht ist, lassen sich begründete Einwendungen erheben; auch ihre Fassung ist nicht frei von Bedenken und nach meiner Ansicht nicht ganz präcise. Aber ihren Grundgedanken, das, was der Juristentag hat aussprechen wollen, halte ich für richtig und werde die Gründe dafür, ohne eine erschöpfende Abhandlung dieser schon so vielfach ventilirten

---

1) Sie erschien im Sommer 1865. Die nachstehende Abhandlung wurde in ihren Haupttheilen bald nachher geschrieben.

Frage [2]) zu beabsichtigen, den Martin'schen und anderen [3]) Einwendungen gegenüber darzulegen versuchen.

Veranlaßt wurden die fraglichen Beschlüsse durch folgenden von dem Stadtrichter Hiersemenzel gestellten Antrag: „Der Juristentag möge aussprechen, daß die Würde der Rechtspflege und die Handhabung wirklicher Gerechtigkeit nur dann gesichert sei, wenn der Richter auch die Frage, ob ein Gesetz (oder eine Verordnung) verfassungsmäßig zu Stande gekommen (beziehungsweise gültig) sei, ohne Einschränkung zu prüfen hat." Die eingeklammerten Worte sind dem ursprünglichen Antrage von dem Antragsteller später hinzugefügt.

Dieser Antrag beabsichtigte also keinen Ausspruch über das bestehende Recht, sondern nur eine Erklärung darüber, was nach richtigen theoretischen Grundsätzen Recht sein solle. Der Juristentag hat nach der Fassung, welche er seinen Beschlüssen gegeben, einen anderen Weg eingeschlagen. In den auf dem Wiener Juristentage und den ersten beiden auf dem Mainzer Juristentage gefaßten Beschlüssen spricht er sich darüber aus, wie die aufgeworfene Frage nach dem in Deutschland geltenden gemeinen Rechte zu beantworten sei, und knüpft daran in dem dritten und vierten Mainzer Beschlusse Vorschläge de lege condenda, die indessen nicht eine Aenderung der in den ersten drei Beschlüssen als geltendes Recht bezeichneten Sätze bezwecken, sondern sich auf die Be-

---

2) Ueber die Litteratur derselben vergl. u. A. Bischof, Zeitschrift f. Civilrecht und Prozeß. Bd. 16 VIII S. 235 ff.

3) Die Schrift des O.-A.-Raths H. R. Martin über die „Rechtsverbindlichkeit landesherrlicher Verordnungen" ist mir erst, nachdem diese Abhandlung vollendet war, bekannt geworden. Sie enthält nichts Neues und sind die darin vorgebrachten Argumente in der folgenden Darstellung schon berücksichtigt und, wie ich glaube, widerlegt.

seitigung von Uebelständen beziehen, welche theils trotz, theils in Folge der Geltung jener Sätze eintreten können.

Ich werde mich zunächst ausschließlich mit den ersten drei Beschlüssen, welche das geltende Recht betreffen, beschäftigen. Mit Martin bin ich einverstanden, daß der erste Beschluß des Mainzer Juristentages das allgemeine Princip enthält und daß sich der Beschluß des Wiener und der zweite Beschluß des Mainzer Juristentages nur als einzelne Consequenzen jenes allgemeinen Princips darstellen.

Ich lasse die Beschlüsse in der dieser Auffassung entsprechenden Zusammenstellung folgen:

1) Der Richter hat im gegebenen Falle über das verfassungsmäßige Zustandekommen der Gesetze und Verordnungen zu befinden (erster Beschluß des Mainzer Juristentages).

2) Verordnungen und Erlasse des Staatsoberhaupts und der Regierung, deren Inhalt nur in der Form des Gesetzes, mit Zustimmung der Stände, hätte festgestellt werden können, haben für den Richter keine verbindliche Kraft (Beschluß des Wiener Juristentages).

3) Der Richter hat ein Gesetz nur so weit zur Anwendung zu bringen, als sein Inhalt die Zustimmung der verfassungsmäßigen Stände erlangt hat (zweiter Beschluß des Mainzer Juristentages).

§. 1.

Wir gehen bei der folgenden Untersuchung von dem Satze aus, daß der Richter seine Entscheidungen lediglich nach dem Rechte abzugeben hat. Daraus folgt: daß, wenn es in dem einzelnen von ihm zu entscheidenden Falle darauf ankommt,

ob ein bestimmter Rechtssatz existirt, und die Beantwortung dieser Frage von gewissen factischen Voraussetzungen abhängt, er das Vorhandensein derselben zu prüfen hat. Dies gilt in gleichem Maße bei Rechtssätzen, die im Wege des Gewohnheitsrechtes wie bei solchen, die im Wege der Gesetzgebung entstanden sind.

In Betreff des Gewohnheitsrechts ist dies unbestritten. Daraus folge aber — behauptet Martin — für das geschriebene Recht noch nichts, denn dieses habe eine staatsrechtliche, das Gewohnheitsrecht aber eine privatrechtliche Entstehungsgeschichte.

Dieser Grund scheint uns völlig unzutreffend zu sein.

Die Lehre von der Entstehung des Gewohnheitsrechts und dessen Beweise wird zwar regelmäßig in dem allgemeinen Theile der Pandecten vorgetragen. Aber daraus folgt nicht, daß sie dem Privatrechte angehört. Auch die allgemeinen Grundsätze über Gesetze — die Lehre von der Erklärung des gesetzgeberischen Willens und der Publication der Gesetze — werden an derselben Stelle vorgetragen. Das eine wie das andere geschieht deshalb, weil es sich dabei um allgemeine Grundsätze handelt, die auch für das Privatrecht von Bedeutung sind, ohne doch diesem ausschließlich anzugehören.

Sowohl durch Gewohnheitsrecht wie durch Gesetze können Rechtssätze entstehen, die dem Privatrechte angehören, ebenso aber auch solche, die dem Proceß-, dem Criminal-, Kirchen- oder Staatsrechte angehören. Die Lehre von der Entstehung der Rechtssätze ist daher für alle Theile des Rechts von gleicher Bedeutung und gehört keinem derselben ausschließlich an. Ihrer inneren Natur nach aber ist die Frage, wie das objective Recht entstehe, eine Frage des öffentlichen Rechts. Ein Unterschied zwischen gesetzlichem und Gewohnheitsrechte besteht in dieser Beziehung nur insofern, als die

Grundsätze über die Entstehung des letzteren sämmtlich unmittelbar aus seiner Natur abgeleitet werden können, während dies für das erstere nur in Beziehung auf einige allgemeine Grundsätze (Publication u. s. w.) möglich, im Uebrigen aber die Auskunft darüber aus den positiven Verfassungsvorschriften der einzelnen Staaten zu entnehmen ist. Wie hierin ein Grund liegen könnte, die Stellung des Richters dem Gewohnheitsrechte gegenüber zu einer anderen zu machen, wie zu dem gesetzlichen Rechte, ist nicht abzusehen. Selbst wenn es wirklich wahr wäre, daß die Grundsätze über Entstehung des Gewohnheitsrechts dem Privatrechte, die über Entstehung der Gesetze dem Staatsrechte angehörten, so würde daraus nicht folgen, daß der Richter die Voraussetzungen, an welche die Entstehung eines Rechtssatzes geknüpft ist, bei dem einen prüfen müsse, bei dem anderen nicht. Das Vorhandensein dessen, was wirklich Voraussetzung für die Entstehung eines Rechtssatzes ist, muß immer geprüft werden, mögen die Bestimmungen darüber dem Privatrechte oder dem Staatsrechte angehören. Martin selbst erkennt dies an einer anderen Stelle ausdrücklich an, indem er dem Richter das Recht und die Pflicht zuschreibt, die Frage, ob ein Gesetz oder eine Verordnung in der vorgeschriebenen Form verkündigt sei — wovon nach seiner Ansicht die Verbindlichkeit derselben allein abhängt — zu prüfen, und dieselben nur dann anzuwenden, wenn er diese Frage bejaht. Der Streit dreht sich also in Wirklichkeit nicht darum, ob der Richter das Vorhandensein der factischen Voraussetzungen zu prüfen hat, von welchen die verbindliche Kraft eines Acts der Gesetzgebung abhängt, sondern darum, worin diese Voraussetzungen bestehen.

Demgemäß muß auch, wenn man die von dem Juristentage behandelte Frage präcise stellen will, nicht gefragt werden, ob der Richter im einzelnen Falle die verfassungsmäßige

Entstehung der Gesetze und Verordnungen zu prüfen habe, sondern, ob die Thatsache der verfassungsmäßigen Entstehung die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen für alle Staatsangehörige, und folgeweise auch für den Richter bedinge. Es handelt sich nicht um ein in dieser Frage eigenthümliches Prüfungsrecht des Richters. „Dessen Stellung wird vielmehr lediglich durch seine allgemeine Verpflichtung, nur das Recht seinen Entscheidungen zu Grunde zu legen, bestimmt und nur deshalb und nur insoweit, als hieraus für ihn, um zu wissen, was Recht sei, die Nothwendigkeit entspringt, die verfassungsmäßige Entstehung der Gesetze und Verordnungen zu prüfen, wird sein Recht und seine Pflicht dazu behauptet."

Zunächst und vorzugsweise bei der ganzen Frage interessirt sind nicht die Gerichte, sondern die einzelnen Staatsangehörigen. Denn deren Verhältnisse sind es, welche durch die Acte der gesetzgebenden Gewalt geregelt werden sollen; für sie zunächst ist die Frage, ob ein landesherrlicher Erlaß, der neue Rechtsnormen für ihre Beziehungen zu einander aufstellt, deshalb, weil er nicht auf verfassungsmäßigem Wege entstanden, unverbindlich sei, von Wichtigkeit; sie, die ihr Thun und Lassen nach diesem Erlasse einrichten sollen, haben, wenn die Verbindlichkeit desselben von seiner verfassungsmäßigen Entstehung abhängt, zunächst zu prüfen, ob diese Bedingung vorhanden; sie allein trifft der Schaden, wenn sie in Folge einer unrichtigen Beantwortung dieser Frage sich bei ihrem Handeln von unrichtigen Rechtsanschauungen leiten lassen und dadurch veranlaßt werden, Rechtsverletzungen zu begehen. Der Richter hat dem gegenüber keine andere Aufgabe, wie bei jeder anderen Rechtsfrage; er muß sie prüfen und sich ein Urtheil darüber bilden, wenn und soweit sie bei einer von ihm abzugebenden Entscheidung in Betracht kommt. — Daß bei der Discussion unserer Streitfrage fast ausschließlich nur

die Stellung des Richters dazu in's Auge gefaßt ist, erklärt sich zwar aus der großen praktischen Wichtigkeit, welche die richterlichen Entscheidungen vermöge des Grundsatzes „res judicata jus facit inter partes“ haben. Aber im Principe ist es nicht richtig, die Frage statt auf den obersten Grundsatz selbst auf eine einzelne, wenn auch praktisch noch so wichtige Consequenz desselben zu stellen; und das geschieht, wenn man, statt zu fragen, ob die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen von ihrer verfassungsmäßigen Entstehung abhänge, nach dem Rechte des Richters, diese verfassungsmäßige Entstehung zu prüfen, frägt. Manche unbegründete Einwendungen gegen die Bejahung der Frage und manche nicht weniger unzutreffende Gründe dafür sind, wie wir glauben, vorzugsweise aus dieser auch von dem Juristentage adoptirten unpräcisen Stellung der Frage entstanden.

Ihre Beantwortung läßt sich namentlich nicht aus den für die deutsche Gerichtsverfassung geltenden Grundsätzen ableiten. Daraus folgt nur der oben vorangestellte Grundsatz, daß die Gerichte nur das Recht ihren Entscheidungen zu Grunde legen, also auch Regierungsverfügungen nur dann befolgen und anwenden dürfen, wenn dieselben rechtlich verbindlich sind. Welches aber die factischen Voraussetzungen sind, von denen diese Verbindlichkeit abhängt, das ist eine Frage, die nicht aus den Grundsätzen der Gerichts-, sondern nur aus denen der Staatsverfassung beantwortet werden kann. Jener allgemeine Grundsatz über die Verpflichtung des Richters, nur nach dem Rechte zu entscheiden, gilt in gleicher Weise für absolute wie für ständische und constitutionelle Monarchien; er wird durch die Frage, ob die Verbindlichkeit einer Regierungsverfügung lediglich von der Publication, oder von der Beobachtung einer bestimmten Form derselben oder von der Zustimmung der Stände, oder von sonstigen anderen Bedingun-

gen abhänge, nicht berührt. Wie die Bestimmungen hierüber auch sein mögen, die Stellung und Function des Richters ist immer dieselbe. Er muß sich im einzelnen Falle immer die beiden Fragen stellen und beantworten: „Welches sind die thatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Verbindlichkeit einer Regierungsverfügung abhängt?“ und „liegen dieselben in concreto vor?“ Nur die materiellen Rechtsnormen, nach denen die erste dieser Fragen zu entscheiden ist, sind verschieden, jenachdem die Verfassung des betreffenden Staats den einen oder den anderen der oben hervorgehobenen verschiedenen Grundsätze sanctionirt.

Aus dieser Betrachtung scheint sich nun aber zugleich zu ergeben, daß die Frage, wie wir sie oben gestellt haben, einer allgemeinen Beantwortung gar nicht fähig ist. Sie ist dies in der That nicht, sofern es sich um die Bezeichnung der einzelnen thatsächlichen Voraussetzungen handelt, von denen die Verbindlichkeit eines Actes der gesetzgebenden Gewalt abhängt. Eine solche wird immer nur in Beziehung auf eine bestimmte einzelne Verfassung oder auf einen bestimmten Kreis von Verfassungen, die im Wesentlichen auf demselben Standpunkte stehen, möglich sein. Damit ist aber nicht gesagt, daß es nicht einzelne Erfordernisse gebe, die nach allen Verfassungen die Verbindlichkeit der Acte der gesetzgebenden Gewalt bedingen; und ebensowenig ist die Möglichkeit dadurch ausgeschlossen, allgemeine Grundsätze darüber aufzustellen, welche rechtliche Bedeutung und Wirkung die in den verschiedenen Verfassungen vorkommen, auf den Erlaß von Gesetzen sich beziehenden Vorschriften haben. Zu den erstgedachten Erfordernissen gehört die Publication; einen Grundsatz der letztgedachten Art stellt die oben sub 1 angeführte Resolution des Juristentages auf. Von dem verfassungsmäßigen Zustandekommen

der Gesetze soll danach deren Verbindlichkeit abhängen. Die Resolution lautet ganz allgemein. Es ist dabei indessen zu berücksichtigen, daß der Juristentag nicht einen abstracten rechtsphilosophischen Satz, sondern einen Satz des jetzt geltenden gemeinen deutschen Rechts hat aufstellen wollen. Dies wird namentlich wichtig für das richtige Verständniß dessen, was die Resolution durch die Worte „verfassungsmäßiges Zustandekommen" hat ausdrücken wollen. Sie steht auf dem Boden des modernen Staatsrechts, und sie hat demgemäß Verfassungen vor Augen, welche dem modernen Staatsbegriffe entsprechend das Verhältniß der Staatsgewalt zu den Unterthanen und die Art ihrer Ausübung ordnen. Die nähere Erörterung des sich hieraus ergebenden Sinnes der gedachten ersten Resolution wird am zweckmäßigsten gleichzeitig mit der Erörterung und Begründung der zweiten und dritten Resolution erfolgen.

Diese enthalten eine Anwendung des in der ersten Resolution ausgesprochenen Grundsatzes auf die in den constitutionellen Verfassungen Deutschlands enthaltenen Bestimmungen, nach welchen der Landesherr in Beziehung auf gewisse Acte der Gesetzgebung an die Mitwirkung der Stände gebunden ist.

Sie behaupten, daß diese Mitwirkung eine wesentliche Bedingung für „das verfassungsmäßige Zustandekommen" der Gesetze sei, und daß deren Verbindlichkeit daher von der Thatsache, daß diese Mitwirkung Statt gefunden habe, abhänge.

In der zweiten Resolution wird der Fall behandelt, daß der Landesherr eine ihrem Inhalte nach der Zustimmung der Stände bedürfende Bestimmung im Wege der Verordnung, also durch eine Verfügung trifft, welche sich schon ihrer äußeren Form nach als ohne Mitwirkung der Stände erlassen darstellt.

Die dritte Resolution betrifft dagegen den Fall, daß die betreffende Verfügung als Gesetz bezeichnet ist, durch diese Be-

zeichnung also auf die Nothwendigkeit der ständischen Zustimmung und darauf, daß dieselbe wirklich erfolgt sei, hinweist, vielleicht gar ausdrücklich darauf Bezug nimmt, gleichwohl diese Zustimmung aber entweder überall nicht oder nicht zu dem ganzen Inhalte erfolgt ist. In beiden Fällen ist die Verfassungsvorschrift, daß Verfügungen eines gewissen Inhalts nur mit Zustimmung der Stände erlassen werden sollen, nicht beobachtet und deshalb wird für beide Fälle behauptet, daß die betreffende Verfügung unverbindlich sei.

Wenn man den Vordersatz dieses Schlusses zugiebt, daß jede Verletzung der Verfassungsvorschrift, welche die Zustimmung der Stände zu allen Verfügungen gesetzlichen Inhalts erfordert, die Unverbindlichkeit der ohne solche Zustimmung erlassenen Verfügungen zur Folge habe, so ist die Richtigkeit des Schlusses selbst unbestreitbar. Es ist zwar möglich, daß sich in einzelnen deutschen Verfassungen besondere Bestimmungen finden, welche für den einen oder andern der fraglichen beiden Fälle die in Rede stehende Consequenz ausschließen. Ob dies der Fall ist, werden wir später untersuchen. Wenn aber solche besonderen Umstände nicht vorliegen, so muß die fragliche Consequenz für beide Fälle in ganz gleicher Art gelten, da unzweifelhaft in beiden die Vorschriften über die Zustimmung der Stände nicht beobachtet sind.

Wir werden daher nun die Richtigkeit jenes Grundsatzes, daß der Mangel der verfassungsmäßig vorgeschriebenen Mitwirkung der Stände bei einer landesherrlichen Verfügung die Unverbindlichkeit derselben nach sich ziehe, zu prüfen haben und wird sich daraus zugleich die Bedeutung und die Begründung des in der ersten Resolution ausgesprochenen Grundsatzes ergeben.

§. 2.

Eine Bestimmung, welche die Mitwirkung der Stände bei gewissen Acten der Gesetzgebung fordert, kann an sich eine doppelte Bedeutung haben. Sie kann nämlich

1) den Sinn haben, daß der Landesherr zwar der Corporation der Stände gegenüber die Verpflichtung übernimmt, ohne ihre Mitwirkung resp. Zustimmung Verfügungen einer bestimmten Art nicht zu erlassen, daß er aber dem Lande und den Unterthanen gegenüber fortwährend nicht nur als der alleinige, sondern auch als der unbeschränkte Inhaber der gesetzgebenden Gewalt dasteht. Sie kann

2) die Bedeutung haben, daß dadurch die Function der Staatsgewalt selbst geregelt und im Interesse des Staatswohls die Art und Weise, wie bei der Entstehung von Gesetzen zu verfahren, bestimmt werden soll.

Eine Verletzung von Bestimmungen der ersteren Art kann nach der Natur derselben nicht die Folge haben, daß eine im Widerspruche damit erlassene landesherrliche Verfügung dem Lande und den Unterthanen gegenüber unverbindlich ist; sie kann vielmehr nur einen Anspruch des Verletzten, also der ständischen Corporation, auf Zurücknahme der betreffenden Verfügung erzeugen. Das Verhältniß ist hier ein ähnliches wie bei Verträgen, durch welche sich der Staat entweder anderen Staaten oder Einzelnen, oder Corporationen gegenüber verpflichtet, bestimmte gesetzliche Verfügungen zu erlassen oder nicht zu erlassen.

Ein Beispiel der ersteren Art bieten manche Zoll- und Handelsverträge, durch welche die Nichterhöhung gewisser Steuern und Abgaben oder die Gewährung gewisser Rechte

für die Unterthanen des anderen Staats in Beziehung auf Niederlassung und Gewerbebetrieb zugesichert wird.

Durch ein in Widerspruch hiermit von dem verpflichteten Staate erlassenes Gesetz verletzt derselbe das Recht des anderen Staats. Aber diese Rechtsverletzung bewirkt keine Nichtigkeit des erlassenen Gesetzes, dasselbe ist vielmehr innerhalb des Staats, für welchen es erlassen ist, unzweifelhaft verbindlich und dem verletzten Staate bleibt nur übrig, die Zurücknahme desselben resp. Entschädigung zu fordern und diese Forderung nöthigenfalls auf dem durch das Völkerrecht vorgeschriebenen Wege zur Geltung zu bringen. Einzelnen Staatsangehörigen oder Corporationen gegenüber werden solche Verpflichtungen seltener vorkommen; doch sind sie auch hier möglich, z. B. bei Privilegien, durch welche Einzelnen gewisse Rechte mit Ausschluß aller Anderen zugesichert werden. Dadurch wird die Staatsgewalt verbunden, Anderen nicht dieselben Rechte zu gewähren. Ein im Widerspruche damit erlassenes Gesetz ist nichtsdestoweniger verbindlich. Ja, es kann in Fällen dieser Ar, twa die gesetzgebende Gewalt formell unbeschränkt und der Berechtigte selbst denselben unterworfen ist, das verliehene Recht selbst, auch wenn ein Vertrag demselben zu Grunde lag, durch Gesetz aufgehoben werden. Ob der Berechtigte wegen der in einer solchen Aufhebung seines Rechts liegenden materiellen Rechtsverletzung Entschädigung fordern kann, hängt davon ab, ob die Verfassung des betreffenden Staats den Acten der gesetzgebenden Gewalt gegenüber einen solchen Rechtsschutz gewährt.

Anders war in dieser Beziehung das Verhältniß zur Zeit des deutschen Reichs. Privilegien der gedachten Art kamen damals häufig, namentlich auch in vertragsmäßiger Form vor. Ein im Widerspruche damit erlassenes Gesetz war zwar auch damals in dem Kreise, über welchen sich die Landeshoheit er-

strecke, verbindlich. Aber die Landeshoheit war keine souveräne Staatsgewalt; sie war der Reichsgewalt unterworfen und deßhalb konnte wegen einer materiell rechtswidrigen Ausübung der in ihr liegenden Befugnisse bei den Reichsgerichten eine Klage gegen den Landesherrn nicht bloß auf Entschädigung, sondern auch auf Beseitigung der verletzenden Verfügung erhoben werden.

Das allen Fällen der bisher betrachteten Acte Gemeinsame liegt darin, daß die Function der Staatsgewalt (resp. Landeshoheit) selbst keine Aenderung dabei erleidet; der Inhaber derselben bleibt dem Lande gegenüber der alleinige und unbeschränkte Gesetzgeber und ist nur Dritten gegenüber durch Verpflichtungen gebunden, deren Verletzung Ansprüche verschiedener Art erzeugen kann, die erlassenen Verfügungen dem Lande gegenüber aber nicht unverbindlich macht.

In dieselbe Kategorie fallen, wie wir glauben, zum größten Theile, die den Ständen in den aus dem Mittelalter stammenden landständischen Verfassungen zustehenden Rechte. Ursprünglich freilich gehörte die Befugniß, Gesetze zu geben, gar nicht oder doch nur in sehr beschränktem Umfange zu den Rechten des Landesherrn. Erst allmälig entwickelte sich aus der erblich gewordenen gräflichen und herzoglichen Amtsgewalt, in Verbindung mit den vogteilichen grund- und gutsherrlichen Rechten der neue Begriff der Landeshoheit. Als diese aber zur vollen Geltung gelangt war, wurde das Recht der Gesetzgebung zu ihren wesentlichen Attributen gerechnet.

Der Begriff des modernen Staats war indessen der damaligen Zeit noch fremd. Es ist einer ihrer hervorspringendsten Characterzüge, daß sich alle Functionen des öffentlichen Lebens in der Form subjectiver, einzelnen Personen, Corporationen oder Grundstücken zustehender Rechte darstellen. Durch die Gesammtheit dieser neben einander und einander gegenüber

stehender Rechte wurde nach der damaligen Zeit die Rechtsordnung gebildet.

Der Gedanke eines objectiven Verfassungsrechts kam dabei kaum zum Bewußtsein. So wurden auch der Beruf und die Aufgabe des Landesherrn wie der Stände vorzugsweise aus dem Gesichtspunkte eines einerseits dem Landesherrn und andererseits den Ständen (der Landschaft) zustehenden Rechts betrachtet. Der Landesherr hatte das Recht der Landeshoheit. Dem gegenüber standen verschiedene Rechte der Landschaft, zu denen meist auch ein mehr oder minder ausgedehntes Recht der Mitwirkung bei der Gesetzgebung gehörte. Erließ der Landesherr ohne diese Mitwirkung ein Gesetz, so wurde die Sache nicht so aufgefaßt, als habe er eine die Ausübung seines landeshoheitlichen Rechts beschränkende objective Rechtsregel unbeachtet gelassen, sondern man sah darin nur die Verletzung des subjectiven Rechts der Stände. Diesen allein stand es deshalb zu, sich darüber zu beschweren und auf dem durch die Landes- und Reichsverfassung gestatteten Wege Abhülfe zu suchen. Die verbindliche Kraft des Gesetzes, sowohl den landesherrlichen Behörden, als auch den Unterthanen gegenüber, wurde dadurch nicht berührt und hätte sich Einer derselben, um die Nichtbefolgung des Gesetzes zu rechtfertigen, darauf berufen wollen, daß die Stände ein Recht gehabt, bei der Erlassung desselben mitzuwirken, dies aber nicht geschehen sei, so würde man einen solchen Einwand nach der Auffassung jener Zeit als eine **exceptio de jure tertii** betrachtet und deßhalb zurückgewiesen haben.

Ausführlicher auf dieses Verhältniß der alten landständischen Verfassungen und die Begründung unserer Auffassung derselben einzugehen, verbietet uns der Zweck unserer Abhandlung. Nur das muß noch hervorgehoben werden, daß, wenn die Territorialgerichte zur Zeit des deutschen Reichs nicht be-

fugt waren, die Verbindlichkeit eines von Landesherren erlassenen Gesetzes wegen mangelnder Zustimmung der Stände in Frage zu stellen, dies sich — ganz abgesehen von der geschichtlichen Entstehung jener Territorialgerichte und ihrer in mehrfacher Beziehung von der der jetzigen Gerichte verschiedenen Stellung — nach dem Obigen schon zur Genüge aus dem Charakter der damaligen Verfassung erklärt. Ein Schluß daraus auf die jetzige Lage der Sache würde nur dann zulässig sein, wenn die jetzigen Verfassungen denselben Charakter wie die damaligen hätten.

Das ist aber entschieden nicht der Fall.

§. 3.

Mit der Auflösung des deutschen Reichs wurden die einzelnen Territorien wirklich souveräne Staaten. Zugleich hatte eine tiefere Auffassung von dem Wesen des Staats und der Staatsgewalt sich Bahn zu brechen angefangen. Ihr entsprechend änderte sich der Charakter der Verfassungen. Der Staat wurde als ein der Förderung der Gesammt-Interessen seiner Glieder (des Volks) dienendes Gemeinwesen, die Staatsgewalt als die aus dem Wesen des Staats folgende zur Verwirklichung seines Zwecks nothwendige höchste Gewalt erkannt. Stand dieselbe auch in den monarchischen Staaten Deutschlands vor wie nach den Landesherren kraft eigenen Rechts zu, so wurde doch nun die Wahrheit des früher unbeachtet gebliebenen Satzes, daß der Inhalt und Umfang dieses Rechts durch seinen Zweck bestimmt und dieser auch für die Art der Ausübung maßgebend sei, allgemein anerkannt. Alle neueren Verfassungen stehen auf diesem Standpunkte und ihr Hauptzweck besteht darin, durch Bestimmungen über die Grenzen und die Ausübung der Staatsgewalt die größtmögliche Sicherheit zu gewähren, daß sie in der dem Staatszwecke, also dem

Gesammt-Interesse des Volks entsprechendsten Art ausgeübt werde. Die Bestimmungen über die Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung verfolgen sämmtlich diesen Zweck. Je mehr sich der Umfang und die Bedeutung der Gesetzgebung erhöhte, um so wichtiger wurde es, daß sie in zweckmäßiger, dem lebendigen Inhalte des Volkslebens entsprechender Art erfolgte. Die Theilnahme des Volks bei der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt wurde allgemein als eins der wirksamsten Mittel angesehen, um diesen Zweck zu erreichen. Dieser Gesichtspunkt ist bei allen Vorschriften der neueren Verfassungen über die Mitwirkung der Stände bei der Gesetzgebung von entscheidender Bedeutung gewesen, und wenn gleich die Rücksicht auf die geschichtlich gegebenen Verhältnisse bei den Bestimmungen über die Zusammensetzung der Stände und die Begränzung ihres Rechts oft von Einfluß gewesen sind, so blieb der leitende Gedanke doch immer der, daß es sich um eine Einrichtung handle, durch welche eine dem wahren Staatsinteresse entsprechende Ausübung der Staats- und insbesondere der gesetzgebenden Gewalt gesichert werden solle.

Das Recht der Stände erscheint hiernach als kein selbstständiges, dem Rechte der Staatsgewalt gegenüberstehendes. — Wäre dies der Fall, so würde es, da die Staatsgewalt in der Schaffung neuer Rechtssätze formell unbeschränkt ist, wie jedes andere Recht von dieser aufgehoben werden können. Die Stände sind vielmehr berufen, an der Ausübung der Staatsgewalt selbst Theil zu nehmen. Ihr Beruf und ihr daraus entspringendes Recht wird durch den objectiven Rechtssatz, daß die gesetzgebende Gewalt nur unter ihrer verfassungsmäßig näher bestimmten Mitwirkung thätig werden solle, bestimmt. Durch die im Widerspruche damit erfolgende Erlassung eines Gesetzes von Seiten des Landesherrn verletzt derselbe nicht wie früher ein seinem Rechte gegenüberstehendes Recht der

Stände, sondern die objective für die Ausübung seines Rechts gegebene Verfassungsgrundregel.

Man kann diese Regel sowohl positiv als negativ fassen, also entweder dahin: „Zu jedem Gesetze ist die Zustimmung der Stände erforderlich; „alle Gesetze sollen unter Zustimmung der Stände erlassen werden" oder dahin: „Kein Gesetz kann ohne Zustimmung der Stände erlassen werden." Sie stellt sich in der einen Fassung als gebietender, in der anderen als verbietender Rechtssatz dar. Für die rechtliche Beurtheilung ist diese Art der Fassung durchaus gleichgültig, sobald nur feststeht, daß der ihr zu Grunde liegende gesetzgeberische Gedanke dahin geht, daß aus Rücksicht auf das öffentliche Interesse nichts Gesetz werden soll, wozu die Stände nicht ihre Zustimmung ertheilt haben.

§. 4.

Sehen wir nun, welches die rechtlichen Folgen der Verletzung einer solchen objectiven Verfassungsregel sind.

Wir werden zunächst anerkennen müssen, daß eine verschiedene Behandlung derselben möglich ist.

Dem Rechte stehen, um die Befolgung einer sich auf Rechtsacte beziehenden Vorschrift zu sichern, folgende verschiedene Wege offen.

1) Die Nichtbeobachtung der betreffenden Vorschrift hat die Nichtigkeit des Rechtsacts, auf den sie sich bezieht, zur Folge. Derselbe wird rechtlich also als gar nicht vorhanden betrachtet.

Diese Bedeutung haben alle Vorschriften, welche die aus dem Begriffe des betreffenden Rechtsacts selbst folgenden Elemente seines Thatbestandes bestimmen. Vorschriften anderer Art können dieselbe Bedeutung und Wirkung haben, brauchen es aber nicht. Wann das eine oder andere anzunehmen ist, werden wir unten sehen.

Auch in Betreff der an sich zu dem Thatbestande eines Rechtsacts gehörenden Umstände **kann** der Gesetzgeber durch die Rücksicht auf die Technik des Rechts sich bewogen finden, die logische Consequenz seines Gedankens aufzugeben und die Gültigkeit des betreffenden Rechtsacts nicht direct von dem Vorhandensein jener Umstände abhängen zu lassen, sondern seinen Zweck in indirecter Weise auf einem der sub 2 bis 4 angegebenen Wege zu erreichen suchen. Selbstverständlich bedarf es hierzu immer einer ausdrücklichen Vorschrift.

2) Die Nichtbeobachtung der betr. Vorschrift hat nicht Nichtigkeit, sondern nur Anfechtbarkeit des Rechtsacts zur Folge. Dieser besteht an sich, aber er bringt die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung nicht hervor oder verliert seine Wirksamkeit, **wenn** er von einem dazu Berechtigten angefochten wird. Die Form, in welcher dies geschieht, ist verschieden. Das Privatrecht läßt die Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsacts je nach Verschiedenheit der Fälle in Folge einer Klage, einer Einrede, eines Restitutionsgesuchs oder auch nur einer Erklärung des Anfechtungsberechtigten eintreten. Das allen Fällen dieser Art Gemeinsame und für uns Wesentliche liegt darin, daß die Unwirksamkeit des Rechtsacts nicht von selbst, sondern erst auf Grund einer (in irgend welcher durch das positive Recht näher bestimmten Form erfolgender) Reaction des hiezu von dem Gesetze für berechtigt Erklärten eintritt.

3) Die Nichtbeobachtung der betr. Vorschrift hat Bestrafung des dawider Handelnden oder einen sonstigen Nachtheil für denselben zur Folge. Diese kann neben einer der sub 2 und 3 angeführten Folgen eintreten, sie kann aber auch die einzige Folge der Nichtbeobachtung sein. Der betr. Rechtsact bleibt in dem letzteren Falle durchaus gültig und bringt die von ihm beabsichtigten Folgen hervor und nur mittelbar durch

Androhung von Strafe oder sonstigen Nachtheilen sucht das Gesetz die Beobachtung seiner Vorschrift zu sichern.

Eine der sub 1 — 3 aufgeführten Folgen muß jede Rechtsnorm, welche die Beobachtung bestimmter Vorschriften oder das Vorhandensein gewisser Voraussetzungen für die Vornahme eines Rechtsacts erfordert, für den Fall der Nichtbeobachtung dieser Vorschriften und Voraussetzungen eintreten lassen. Denn andere Folgen sind nicht denkbar. Träte aber keine derselben ein, so würde es rechtlich durchaus gleichgültig sein, ob die Vorschrift beobachtet wird oder nicht. Und damit würde sie den Charakter einer Rechtsvorschrift überhaupt verlieren. Denn die Aufgabe des Rechts ist es nicht, moralische Anforderungen zu stellen, deren Befolgung oder Nichtbefolgung Jeder nur vor dem Richterstuhle seines Gewissens zu verantworten hätte; es will vielmehr die Verhältnisse, für welche es Normen aufstellt, mit rechtlichem Zwange beherrschen. Dispositive Rechtssätze wollen diese Herrschaft ausüben, wenn nicht der Wille der Betheiligten etwas Anderes bestimmt, die zwingenden Rechtssätze dagegen unbedingt. Ein ge- oder verbietender Rechtssatz der hier fraglichen Art, bei dessen Uebertretung in keiner Beziehung andere rechtlichen Folgen einträten, als wenn er befolgt wäre, enthält daher einen inneren Widerspruch, ist in der That gar kein Rechtssatz. — Möglich ist indessen

4) daß der Gesetzgeber, welcher einen bestimmten Zweck erreichen will, wirklich Bedenken trägt, eine denselben direct verwirklichende Rechtsvorschrift zu erlassen und es vorzieht, auf indirectem Wege sein Ziel zu erreichen. Hierzu können namentlich Formvorschriften dienen. Der Rechtsact, dessen Vornahme der Gesetzgeber nur unter gewissen Voraussetzungen zulassen will, wird an die Beobachtung bestimmter Formen gebunden, die so beschaffen sind, daß man, wenn sie beobachtet

sind, mit Sicherheit oder doch mit Wahrscheinlichkeit darauf rechnen kann, daß auch die materiellen Voraussetzungen, auf die es dem Gesetzgeber ankommt, vorliegen werden.

Manche Vorschriften dieser Art lassen sich unter den Gesichtspunkt von Beweisvorschriften bringen. Das Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen soll als bewiesen angenommen werden, wenn die bestimmten Formvorschriften beobachtet sind. Wird dabei jeder Gegenbeweis ausgeschlossen, so besteht der eigentliche Rechtssatz nur in der Formvorschrift, während die materiellen Erfordernisse, welche der Gesetzgeber durch sie sichern will, nicht in den Rechtssatz aufgenommen sind, sondern nur dessen Motiv bilden und nur als solches in Betracht kommen. Regelmäßig werden indessen die materiellen Erfordernisse nicht so vollständig in den Formvorschriften untergehen, sondern doch noch in irgend welcher Form eine selbstständige Bedeutung behalten. Dies kann namentlich in der Art geschehen, daß zwar die Gültigkeit des Rechtsacts an sich nur von Beobachtung der Formvorschriften abhängt, außerdem aber bei dem Mangel der materiellen Erfordernisse eine nachträgliche Anfechtung des Rechtsacts zugelassen, oder gegen denjenigen, welchen die Schuld trifft, daß der Rechtsact trotz des Fehlens der materiellen Voraussetzungen vorgenommen ist, eine Strafe verhängt wird.

Möglich ist endlich auch, daß die formellen und materiellen Vorschriften mit gleicher rechtlicher Bedeutung neben einander bestehen und die Nichtbeobachtung sowohl der einen wie der andern Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit oder Strafe nach sich zieht.

Die hier aufgestellten Grundsätze müssen, da sie aus dem Wesen des Rechts als solchem folgen, nicht bloß auf das Privatrecht, sondern auch auf das Staatsrecht Anwendung finden. Wenden wir sie auf unsere Frage an, so wird zu-

nächst wohl nicht bestritten werden, daß die deutschen Verfassungen, indem sie Bestimmungen über die Mitwirkung der Stände geben, dadurch eigentliche Rechtssätze haben aufstellen wollen. Sie können demnach den von ihnen beabsichtigten Zweck, daß bei allen oder gewissen Arten von Gesetzen eine Mitwirkung der Stände eintrete, nur auf folgenden Wegen erreichen. Sie können entweder

1) vorschreiben, daß die Nichtbeobachtung der über die ständische Mitwirkung gegebenen Vorschriften Nichtigkeit der erlassenen Verfügung zur Folge habe. Dieselbe wird als rechtlich nicht vorhanden betrachtet und hat daher in keiner Beziehung verbindliche Kraft.

2) Die Verfügung besteht zunächst zu Recht, ist daher verbindlich, kann aber von dem durch das Gesetz dazu für berechtigt Erklärten angefochten werden und dadurch ihre Wirkung verlieren. Wer zu solcher Anfechtung berechtigt sein soll (ob etwa jeder Unterthan oder die Stände) und auf welche Art und Weise sie erfolgen soll (etwa durch ein gerichtliches oder schiedsrichterliches Verfahren oder durch die bloße Erklärung der Berechtigten) kann sehr verschieden bestimmt sein und ist es für unsern Zweck nicht erforderlich, auf die in dieser Beziehung offenstehenden Möglichkeiten näher einzugehen.

3) Die Nichtbeobachtung der betreffenden Vorschrift hat Bestrafung des dawider Handelnden oder sonstige Nachtheile für denselben zur Folge. Da der Landesherr selbst nach den Grundsätzen des deutschen Staatsrechts nicht bestraft und zur Verantwortung gezogen werden kann, so muß eine Verfassung, welche durch dies Mittel die Beobachtung der betr. Vorschrift sichern will, einen künstlichen Weg einschlagen. Dieser besteht darin, daß statt des Landesherrn die Minister dafür verantwortlich gemacht werden, daß die landesherrlichen Verfügungen der Verfassung gemäß seien, daß namentlich also auch die

Zustimmung der Stände in den Fällen, wo sie vorgeschrieben ist, wirklich Statt gefunden habe. Selbstverständlich können indessen die Minister nur für solche landesherrlichen Verfügungen verantwortlich gemacht werden, bei denen sie mitgewirkt haben und es muß daher zu dem Grundsatze der Verantwortlichkeit der Minister die unter die oben sub 4

4) aufgeführte Kategorie fallende Vorschrift hinzutreten, daß alle landesherrlichen Verfügungen von einem Minister contrasignirt werden müssen. Und um die Beobachtung dieser Vorschrift sicher zu stellen, ist dann ferner nothwendig, daß ihre Nichtbeobachtung eine der oben sub 1 und 2 aufgeführten Folgen, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der betr. Verfügung nach sich zieht.

Während die Vorschrift der ministeriellen Contrasignatur — soweit sie hier in Betracht kommt [4]) — nur den Zweck hat, die Person zu bezeichnen, welche die Verantwortlichkeit für die Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Verfügung trägt, giebt es eine Reihe von anderen, unter die Kategorie sub 4 fallenden Vorschriften, welche den Zweck, die Beobachtung der verfassungsmäßigen Vorschriften über die Mitwirkung der Stände zu sichern, dadurch zu erreichen suchen, daß sie die Verbindlichkeit der Acte der gesetzgebenden Gewalt von gewissen Thatsachen abhängig machen, die ihrer Natur nach, wenn gleich nicht volle Sicherheit, doch einen höheren oder geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit dafür gewähren, daß die Zustimmung der Stände Statt gefunden habe.

Dahin gehört namentlich die Bestimmung, welche entweder für jedes „Gesetz“ genannte oder für jede ihrem Inhalte nach der ständischen Zustimmung bedürfende landesherrliche

4) Sie hat außerdem noch den Zweck — und in manchen Verfassungen wird dies als Hauptzweck hingestellt — die Authenticität der landesherrlichen Unterschrift festzustellen.

Verfügung vorschreibt, daß im Eingange derselben die ständische Zustimmung bezeugt werde. Das feierliche landesherrliche Zeugniß, daß die ständische Zustimmung erfolgt sei, soll hier als Garantie dafür dienen, daß dieselbe wirklich erfolgt ist. Dabei kann entweder bestimmt sein, daß das in solcher Art abgegebene Zeugniß des Landesherrn dem Lande gegenüber unbedingt die Verbindlichkeit der betr. Verfügung feststelle, oder daß dadurch zwar der Beweis der bezeugten Thatsache erbracht, nicht aber jeder Gegenbeweis ausgeschlossen werde.

Wird die fragliche Bezeugung nur für die ausdrücklich als „Gesetz“ bezeichneten Verfügungen verlangt, so pflegt damit die Bestimmung verbunden zu sein, daß alle nicht als „Gesetz“ bezeichnete Verfügungen ohne Weiteres durch die Publication verbindlich werden, daß also der Landesherr dadurch, daß er eine Verfügung nicht als Gesetz bezeichnet, feststellt, daß sie wirklich kein Gesetz sei, also der ständischen Zustimmung nicht bedürfe. Wenn dagegen die Erwähnung der ständischen Zustimmung bei allen ihrem Inhalte nach derselben bedürfenden Verfügungen verlangt wird, so ist damit zugleich ausgesprochen, daß die Frage, ob eine Verfügung ihrem Inhalte nach der ständischen Zustimmung bedurft habe, nicht dadurch entschieden wird, daß der Landesherr sie als Gesetz oder Verordnung bezeichnet, die ständische Zustimmung erwähnt oder dies unterläßt.

In die hier fragliche Kategorie gehören ferner diejenigen Bestimmungen, nach welchen die Beobachtung der verfassungsmäßigen Bestimmungen über die Wahl und Legitimation der Ständemitglieder, sowie über die Berathung und Abstimmung in den Ständen in jedem einzelnen Falle durch den Beschluß der Stände selbst, resp. ihre Organe (den Präsidenten) endgültig festgestellt wird.

Man kann in diese Kategorie endlich auch die ganz allgemeine Bestimmung rechnen, nach welcher alle von dem Landesherrn publicirten Verfügungen verbindlich sein sollen. Um diese Bestimmung in solcher Art aufzufassen, muß man freilich — was etwas gezwungen erscheint — annehmen, daß in der Publication nicht bloß die Willenserklärung des Landesherrn als Inhabers der gesetzgebenden Gewalt liege, daß die von ihm verkündete Verfügung Gesetz sein solle, sondern daß darin zugleich eine rechtliche Entscheidung dahin, daß die Zustimmung der Stände nicht nothwendig sei, oder ein Zeugniß dahin, daß sie Statt gefunden habe, liege.

Das allen Fällen dieser Art Gemeinsame liegt darin, daß das Vorhandensein der für Acte der Gesetzgebung von der Verfassung geforderten Voraussetzungen durch die Erklärung eines bestimmten nicht richterlichen Organs (des Landesherrn, der Stände, des Präsidenten) vorab, entweder unbedingt, oder bis zum Gegenbeweise endgültig oder vorläufig festgestellt wird.

Die in dem Bisherigen gegebene Uebersicht zeigt, daß die Mittel und Wege, welche ein Gesetzgeber einschlagen kann, um die Beobachtung der Verfassungsvorschriften über die Mitwirkung der Stände zu sichern, sehr mannigfaltig sind.

Auf diese dem Gesetzgeber offenstehende Möglichkeit stützt sich im Wesentlichen die Martin'sche Polemik gegen die Beschlüsse des Juristentages. Er führt aus, daß es weder den Grundsätzen des constitutionellen Staatsrechts, noch dem Wesen des Richteramts widerstreite, die Verbindlichkeit aller Acte der gesetzgebenden Gewalt sowohl für den Landesrichter, als alle andern Behörden und Unterthanen von gewissen formellen Erkennungszeichen abhängig zu machen; er schildert die bedenklichen practischen Folgen, welche aus der Abhängigkeit der Verbindlichkeit eines Gesetzes von seiner verfassungsmäßigen

Entstehung für die Rechtssicherheit erwachsen können (§. 46), sowie die Vortheile, welche daraus entspringen, wenn diese Verbindlichkeit lediglich von der Beobachtung der oben sub Nr. 4 hervorgehobenen Formvorschriften abhängig gemacht wird (§. 47), er weist endlich darauf hin, daß in dem Bundesschiedsgericht schon ein Mittel gegeben sei, die über die verfassungsmäßige Entstehung eines Gesetzes entstandenen Streitigkeiten zu schlichten, und daß, wenn diese Einrichtung mangelhaft sei, eine Verbesserung derselben zu erstreben, nicht aber der Grundsatz, daß die Verbindlichkeit der Acte der gesetzgebenden Gewalt lediglich von formellen Erkennungszeichen abhänge, zu verlassen sei.

In diesen Erörterungen liegt manches Wahre; aber für unsere Frage beweisen sie nichts. Sie sind von Bedeutung nur für die Frage **de lege condenda**. Es geht aus ihnen hervor, daß ein Gesetzgeber die von Martin vertheidigten Bestimmungen treffen kann, vielleicht auch (worauf wir später zurückkommen werden), daß er zweckmäßig handelt, wenn er es thut. Aber die Frage, um die es sich zunächst handelt, ist nicht die, welche Bestimmungen die zweckmäßigsten sind, sondern was bestehendes gemeines Recht ist. In einzelnen Verfassungen finden sich ausdrückliche Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Act der gesetzgebenden Gewalt als verbindlich zu betrachten sei. In vielen anderen dagegen fehlen solche Bestimmungen und die Frage, auf deren Beantwortung es ankommt, ist die, welche Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, wenn eine Verfassung zwar die Vorschrift enthält, daß alle Gesetze oder Gesetz eines bestimmten Inhalts nur mit Zustimmung der Stände erlassen werden sollen, es aber an einer Bestimmung darüber fehlt, ob die Verbind-

lichkeit der Gesetze von der Beobachtung dieser Vorschrift abhänge oder nicht.

§. 5.

Handelte es sich um einen Gegenstand des Privatrechts, so würde über die Beantwortung der am Schlusse des vorigen Paragraphen aufgestellten Frage kein Zweifel sein können. Der Grundsatz, daß Alles, was einem verbietenden Gesetze zuwider geschieht, in Ermangelung anderweiter Bestimmungen rechtlich nichtig sei, ist hier allgemein anerkannt und hat in der l. 5 C. I. 14 [5]) gesetzliche Anerkennung gefunden.

Wir brauchen nicht auf die Erörterung der Frage einzugehen, ob Interpretationsregeln des römischen Rechts auch auf Gegenstände des Staatsrechts Anwendung finden; denn der hier fragliche Grundsatz folgt, soweit er für unsere Frage in Betracht kommt, aus der Natur eines verbietenden Gesetzes selbst und muß deshalb in allen Theilen des Rechts Anwendung finden.

Wir haben schon oben darauf hingewiesen, daß ein verbietender Rechtssatz, dessen Uebertretung gar keine rechtliche Folge hätte, einen inneren Widerspruch enthalten, in der That kein Rechtssatz sein würde. Mindestens e i n e der oben sub 1—4 hervorgehobenen Folgen m u ß eintreten, wenn von einem Rechtssatze die Rede sein soll. Welche derselben tritt ein, wenn das Gesetz selbst nichts darüber bestimmt?

Man erkennt auf den ersten Blick, daß die Bestimmungen der oben sub 3 und 4 gedachten Art durchaus positiver Natur sind. Ohne ausdrückliche positive Bestimmung kann Niemand

---

5) „ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est."

auf den Gedanken kommen, daß der Rechtssatz, welcher die Zulässigkeit eines Rechtsacts von bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen abhängig macht, doch das Vorhandensein dieser Voraussetzungen als unwesentlich betrachte und statt dessen die Beobachtung irgend einer Form erheische, die nur einen unsicheren Wahrscheinlichkeitsschluß auf das Vorhandensein jener Voraussetzungen gestattet. Selbst wenn das Gesetz neben seinem materiellen Inhalte eine Formvorschrift giebt, so folgt daraus an sich in keiner Weise, daß die Beobachtung dieser Form den Mangel der materiellen Voraussetzungen ersetzen oder deren Vorhandensein constatiren solle. In Ermangelung sicherer Anhaltepunkte über eine anderweite Absicht des Gesetzgebers wird man vielmehr die Beobachtung der materiellen wie der Formvorschrift für wesentlich erklären müssen.

Ebensowenig kann ohne ausdrückliche positive Vorschrift von einer Bestrafung desjenigen, der dem verbietenden Rechtssatze entgegenhandelt, die Rede sein, denn nulla poena sine lege. Und wenn eine Strafe für den Uebertreter angedroht ist, so folgt daraus nicht, daß sie die einzige Folge der Uebertretung und der dem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsact selbst gültig und wirksam sei.

Können hiernach die oben sub 3 und 4 angeführten Folgen der Verletzung eines verbietenden Rechtssatzes nur dann eintreten, wenn positive Bestimmungen dies vorschreiben, so muß in Ermangelung solcher eine der sub 1 oder 2 erwähnten Folgen eintreten.

Die sub 2 erwähnte Anfechtbarkeit des dem Verbote zuwider vorgenommenen Rechtsacts setzt das Vorhandensein eines Subjects voraus, das von dem Gesetze zur Anfechtung des betr. Rechtsacts für befugt erklärt ist. Dies kann entweder ausdrücklich oder dadurch geschehen sein, daß aus dem Inhalte des verbietenden Rechtssatzes selbst klar hervorgeht, daß

derselbe nur zu Gunsten der betreffenden Person erlassen ist. Ist weder das Eine, noch das Andere der Fall, fehlt es demnach an einer wesentlichen Voraussetzung für die Möglichkeit der Anfechtung — und wir werden weiter unten sehen, daß dies die Regel bei den deutschen Verfassungen ist — so folgt daraus, daß die Absicht des betreffenden Rechtssatzes nicht dahin gegangen ist, die im Widerspruche mit ihm vorgenommenen Rechtsacte in der angegebenen Art, also als vorläufig gültige, aber anfechtbare zu behandeln. Es bleibt dann nur der sub 1 erwähnte Weg übrig, die betr. Rechtsacte als nichtig zu behandeln.

Wir recapituliren unsere bisherige Beweisführung dahin: Da jeder verbietende Rechtssatz eine der oben sub 1—4 aufgeführten Folgen haben, also der in Widerspruch mit ihm vorgenommene Rechtsact entweder nichtig oder anfechtbar sein, oder den Uebertreter eine Strafe treffen, oder endlich eine gesetzliche Fiction bestehen muß, kraft deren die Nichtverletzung des Rechtssatzes als feststehend angenommen wird, sobald bestimmte Formvorschriften beobachtet sind; nun aber die drei letztgedachten Folgen ihrer Natur nach nicht eintreten können, wenn dies nicht durch positive gesetzliche Vorschriften bestimmt ist, oder aus dem besonderen Inhalte des betr. Rechtssatzes erhellt, so muß im Zweifel immer angenommen werden, daß die Absicht eines verbietenden Rechtssatzes der hier fraglichen Art dahin gehe, die in Widerspruch mit ihm erfolgenden Rechtsacte für nichtig zu erklären.

Es läßt sich die Richtigkeit dieses Resultats indessen nicht bloß auf dem bisherigen negativen Wege zeigen, sondern auch positiv erweisen.

In der That ist die Nichtigkeit des im Widerspruch mit einem verbietenden Rechtssatze vorgenommenen Rechtsacts die

einfache logische Consequenz des dem Rechtssatze zu Grunde liegenden Gedankens.

Dieser ist kein anderer als der: Der verbotene Rechtsact soll nicht geschehen. Nun kann das Recht die thatsächliche Vornahme der Handlung, welche, abgesehen von jenem Verbote, den betreffenden Rechtsact constituiren würde, nicht verhindern. Wohl aber kann es ihr die rechtliche Wirkung versagen, sie rechtlich als nicht vorhanden betrachten. Nur auf diesem Wege kann der dem Rechtssatze zu Grunde liegende Gedanke vollständig verwirklicht werden. Die Entstehung eines Rechtsacts soll verhindert werden, sie wird vollständig, und nur dadurch vollständig verhindert, daß die dem Verbote widersprechende Handlung nicht als Rechtsact, also als nichtig behandelt wird.

An diese logische Consequenz des jedem Verbote eines Rechtsacts zu Grunde liegenden Gedankens ist zwar der Gesetzgeber nicht gebunden; er kann sie aus Zweckmäßigkeitsgründen bei Seite setzen und seinen Zweck auf anderen, oben von uns angedeuteten, Wegen zu erreichen suchen. Eine solche Absicht kann aber nicht präsumirt werden, sie muß nach der Natur der Sache ausdrücklich ausgesprochen sein oder aus dem sonstigen Inhalte der gesetzlichen Bestimmungen klar erhellen. Ist dies nicht der Fall, so muß angenommen werden, daß der Gesetzgeber auch die logische Consequenz seines Verbots gewollt habe. Die ihm offen stehende Möglichkeit, einen andern Weg einzuschlagen, ist für den Interpreten ausgeschlossen; dieser muß sich vielmehr, wenn nicht eine abweichende Absicht des Gesetzgebers erhellt, streng an die logische Consequenz des gesetzgeberischen Gedankens halten und kann sich durch die mögliche Unzweckmäßigkeit des Resultats nicht davon abhalten lassen.

Aus dem Wesen und der Natur eines verbietenden Rechts-

satzes selbst also — das ist das Resultat unserer bisherigen Erörterung — ergiebt sich die Regel, daß ein in Widerspruch damit vorgenommener Rechtsact im Zweifel, d. h. wenn nicht eine andere Absicht des Gesetzgebers erhellt, als nichtig zu betrachten ist. Sie muß, weil sie aus der Natur der verbietenden Rechtssätze selbst folgt, für das Staatsrecht ebenso gut wie für das Privatrecht gelten.

Demnach muß dem in den deutschen Verfassungen enthaltenen Rechtssatze, wonach Gesetze nicht anders als unter Zustimmung der Stände erlassen werden sollen, im Zweifel die Bedeutung beigelegt werden, daß die im Widerspruch damit erlassenen Gesetze (mögen sie Gesetz oder Verordnung genannt sein) nichtig, also unverbindlich sind.

Martin scheint diesen Charakter der fraglichen Bestimmung nicht in Abrede stellen zu wollen, denn er sagt S. 70 seiner Schrift ausdrücklich:

„Eine Norm, die nach der Verfassung des betr. Staats nicht ohne ständische Zustimmung gegeben werden konnte, ist verfassungsmäßig ebenso ungültig, wie sie es sein würde, wenn ein Convent Gesetze dictirte. Durch einen einseitigen Act der Gesetzgebung kann daher das Zustimmungsrecht des anderen Factors nicht alterirt werden und es ist dabei gleichgültig, ob die äußere Form des Gesetzes durch Verordnung und anders benannte Erlasse vermieden oder ein sogenanntes Pseudo-Gesetz erlassen ist. Auch versteht es sich, daß nur den verfassungsmäßigen Ständen das Zustimmungsrecht gebührt, gleich wie der Usurpator eine lediglich factische Macht ausübt."

Wenn Martin dann aber weiter hieraus nur folgert, daß, weil das Recht der Staatsgenossenschaft oder des Landesherrn in dem einen wie in dem andern Falle verletzt sei, es Mittel zum Schutze gegen solche Ausschreibungen geben müsse, daß aber damit das Mittel selbst noch nicht gefunden sei, na-

mentlich nicht ohne Weiteres das Recht des Landesrichters, im einzelnen Falle die verfassungsmäßige Entstehung der Gesetze und Verordnungen zu prüfen, als solches angenommen werden könne, da das Recht der Gesammtheit nicht von den Einzelnen, sondern nur von dieser selbst durch ihre Vertreter gewahrt werden könne; wenn — sagen wir — Martin so deducirt und dadurch den Consequenzen der vorher von ihm aufgestellten Grundsätze zu entgehen denkt, so liegt darin unseres Erachtens ein Mangel logischer Folgerichtigkeit, der vielleicht dadurch entstanden ist, daß die Frage statt auf die Verbindlichkeit der nicht auf verfassungsmäßigem Wege entstandenen Gesetze überhaupt, auf das Recht des Richters, diese verfassungsmäßige Entstehung zu prüfen gestellt ist. Dies Letztere folgt unmittelbar aus den obigen Sätzen allerdings nicht, sondern nur mittelbar insofern, als die verfassungsmäßige Entstehung eines Gesetzes die Bedingung der Verbindlichkeit desselben ist und der Richter das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Verbindlichkeit eines von ihm anzuwendenden Rechtssatzes zu prüfen hat; unmittelbar aus der rechtlichen Natur der betreffenden Verfassungsbestimmungen folgt aber, daß eine unter Verletzung derselben gegebene Verfügung unverbindlich ist.

Wäre dies nicht der Fall, so müßte man nach der Martin'schen Deduction auch bei den von einem Convent erlassenen Gesetzen sagen: sie verletzen zwar das Recht des Landesherrn, aber daraus folgt noch nicht, daß sie unverbindlich sind, vielmehr ist es, wie in dem anderen Falle Sache der Stände, so in diesem Sache des Landesherrn, sein verletztes Recht zur Geltung zu bringen. Die Unrichtigkeit der Schlußfolgerung tritt hier besonders scharf zu Tage; aber sie ist im Wesentlichen ganz dieselbe bei der Martin'schen Deduction über die von dem Landesherrn ohne die verfassungsmäßige Zustimmung der Stände erlassenen Gesetze. Es handelt sich hier

gar nicht um die Verletzung des Rechts des Landesherrn oder der Stände oder der gesammten Staatsgenossenschaft — wie Martin es nennt — sondern um die Verletzung der objectiven Rechtssätze, welche die Entstehung der Gesetze regeln sollen; und diese Verletzung muß, wenn nicht eine andere Absicht jener Rechtssätze klar erhellt, die Ungültigkeit der betreffenden Gesetze nach sich ziehen.

Wenn Martin, statt diesen aus der rechtlichen Natur der fraglichen Bestimmungen sich ergebenden Schluß zu ziehen, ausführlich die Unzweckmäßigkeit des sich daraus ergebenden Resultats nachzuweisen sucht und darauf hauptsächlisch seine Gründe gegen dessen Richtigkeit stützt, so heißt das doch in der That nichts Anderes, als „die Consequenzen des Rechtssatzes Zweckmäßigkeitsrücksichten opfern."

Die bisherige Erörterung hat aus dem Wesen und der innern Natur der Bestimmungen über das Mitwirkungsrecht der Stände bei der Gesetzgebnng die Folgen zu entwickeln gesucht, welche ihre Nichtbeobachtung nach sich ziehen muß, wenn nicht entweder ausdrücklich etwas Anderes bestimmt ist, oder doch eine entgegengesetzte Absicht des Gesetzgebers klar erhellt. Es wird jetzt noch zu untersuchen sein, ob aus der Gesammtheit der Bestimmungen der deutschen Verfassungen eine solche entgegengesetzte Absicht zu entnehmen ist. Rücksichtlich einzelner Verfassungen leidet dies keinen Zweifel. Daraus läßt sich aber für unsere Frage, ob die Nichtbeobachtung der fragl. Bestimmungen gemeinrechtlich andere Folgen als die von uns behaupteten nach sich ziehe, nichts schließen. Zu einer Bejahung dieser Frage würde man vielmehr und dann gelangen können, wenn sich entweder aus dem gesammten, allen deutschen Verfassungen gemeinsamen Character, oder aus einzelnen in allen vorkommenden Bestimmungen eine solche entgegengesetzte Auffassung ergäbe.

Der Nachweis, daß dies wirklich der Fall sei, ist von verschiedenen Seiten versucht worden und auch von Martin wird darauf — wenngleich ohne eingehende Begründung — hingedeutet.

Wir werden im Folgenden die Hauptgründe, die von diesem Standpunkte aus gegen unsere Ansicht vorgebracht sind, prüfen.

In der Anlage sind die wesentlichsten für unseren Zweck in Betracht kommenden Bestimmungen der deutschen Verfassungen[6]) zusammengestellt.

Was hiernach zunächst den Wortlaut der Bestimmungen betrifft, durch welche die Mitwirkung der Stände für alle oder gewisse Arten von Gesetzen gefordert wird, so ist derselbe in der Mehrzahl der deutschen Verfassungen der Art, daß die rein grammatische Interpretation unzweifelhaft zu der von uns vertheidigten Auffassung führt.

In mehreren ist geradezu gesagt, daß die gesetzgebende Gewalt von dem König und den Ständen gemeinschaftlich ausgeübt werde, oder dem Landesherrn in Gemeinschaft mit dem Landtage zustehe oder daß diese an der Ausübung derselben Theil nehmen. Diese Ausdrucksweise findet sich in den Verfassungen von Preußen (Art. 62), Coburg-Gotha (§. 104), Bernburg (§. 83), Luxemburg (Art. 47), Reuß jüngere Linie (von 1852 §. 63), Sondershausen (1849 §. 59, 1857 §. 34); und ähnlich lauten die Bestimmungen über die Stellung der Bürgerschaft in den Verfassungen der freien Städte Bremen (§. 58), Hamburg (§. 61) und Frankfurt (Art. 17).

Wenn nach diesen Bestimmungen die gesetzgebende Gewalt

---

6) Es sind hierbei nicht allein die jetzt in Kraft stehenden, sondern alle in den letzten Jahrzehnten in Geltung gewesenen Verfassungen, soweit sie mir zu Gebote standen, berücksichtigt. Die Rechtfertigung dieses Verfahrens ergiebt sich aus dem Zwecke unserer Erörterung von selbst.

gemeinschaftlich von dem Landesherrn und den Ständen ausgeübt wird, so kann das nichts Anderes heißen, als daß die gesetzgebende Gewalt nur durch das gemeinschaftliche Handeln beider thätig werden kann. Der ständischen Zustimmung wird dadurch dieselbe Bedeutung beigelegt, wie der des Landesherrn. Nur durch die Uebereinstimmung beider kann ein Gesetz entstehen; die Zustimmung des einen wie des andern ist ein Element des Thatbestandes jedes Gesetzes.

Hier kann in der That, wenn man die gedachte Bestimmung allein in's Auge faßt, die Frage gar nicht aufgeworfen werden, ob die Einholung der ständischen Zustimmung bei Strafe der Nichtigkeit geboten sei, oder ihr Mangel etwa nur andere Folgen nach sich ziehe.

Diese Frage setzt voraus, daß die gesetzgebende Gewalt an sich von dem Landesherrn allein auszuüben sei, und das Verbot, Gesetze ohne ständische Zustimmung zu erlassen, als besondere positive Vorschrift daneben bestehe. Wo Landesherr und Stände aber, wie in den obengedachten Bestimmungen ausgesprochen ist, die gesetzgebende Gewalt gemeinschaftlich auszuüben haben, da ist jene Frage eben dadurch, daß erst durch den übereinstimmenden Willen des Landesherrn und der Stände ein Gesetz entsteht, abgeschnitten. Und wenn in einzelnen der gedachten Verfassungen sich trotzdem die Bestimmung findet, daß die von dem Landesherrn in verfassungsmäßiger Form verkündeten Gesetze unbedingt verbindlich seien, so stellt sich diese als eine Vorschrift durchaus positiver Natur dar, deren Bedeutung dahin aufzufassen ist, daß die Verkündigung der Gesetze in verfassungsmäßiger Form dem Lande gegenüber eine praesumtio juris et de jure dafür begründen soll, daß die Zustimmung der Stände, soweit sie erforderlich gewesen, wirklich erfolgt sei.

Eben so unzweideutig, wie in den bisher erwähnten Ver-

fassungen ist die Ausdrucksweise da, wo zwar im Anschlusse an den Art. 57 der W. S. A. der Grundsatz vorangestellt wird, daß der Landesherr die gesammte Staatsgewalt ungetheilt in sich vereinige und nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die durch die Verfassung näher bestimmte Mitwirkung der Stände gebunden sei, dann aber die Bestimmung über die ständische Mitwirkung bei der Gesetzgebung dahin gefaßt wird: „Gesetze können von dem Landesherrn nur unter Zustimmung der Stände erlassen" oder: „ohne Zustimmung der Stände kann kein Gesetz erlassen werden," oder: „die Stände haben das Recht der Mitwirkung bei der Gesetzgebung in der Art, daß ohne ihre Zustimmung kein Gesetz erlassen werden kann." Diese Ausdrucksweise findet sich in den Verfassungen von Baiern, Sachsen, Würtemberg, Hessen-Cassel, Darmstadt, Oldenburg, Meiningen, Weimar, Waldeck, Altenburg. Durch den Gebrauch des Worts „kann" ist auch hier unzweideutig ausgedrückt, daß es nicht etwa bloß Pflicht des Landesherrn ist, die ständische Zustimmung einzuholen, sondern daß er rechtlich außer Stande ist, ohne dieselbe ein Gesetz zu erlassen, daß ohne sie ein Gesetz nicht entstehen kann.

Dieselbe Bedeutung wird man dem in der Hannoverschen Verfassung von 1848 gebrauchten Ausdruck: „Gesetze werden vom Könige nur unter Zustimmung der Stände erlassen", beilegen müssen.

Die Ausdrucksweise der übrigen Verfassungen läßt für sich allein genommen nicht mit Sicherheit erkennen, ob dem Landesherrn die Möglichkeit, ein Gesetz ohne ständische Zustimmung zu erlassen, hat genommen, oder ihm nur die Pflicht, dieselbe einzuholen, hat auferlegt werden sollen, die Nichterfüllung dieser Pflicht aber nicht Nichtigkeit des erlassenen Gesetzes, sondern andere Folgen (Recht der Stände, die Zurücknahme zu fordern, Bestrafung der contrasignirenden Minister) nach sich ziehen soll.

Es heißt in denselben entweder: „die Stände haben das Recht der Einwilligung bei zu erlassenden Gesetzen;" „dieselben müssen ihnen zur Einwilligung vorgelegt werden" (Rudolstadt, Schaumburg; ähnlich Lippe-Detmold) oder „die Zustimmung der Stände ist erforderlich, wenn Gesetze erlassen werden sollen" (Braunschweig, Oesterreich, Baden, ähnlich in Lübeck) oder: „Gesetze sollen ohne Zustimmung der Stände nicht erlassen werden" (Nassau und ähnlich Mecklenburg) oder: „Wir (der Landesherr) werden die Zustimmung der Stände einholen;" oder: „Gesetze sind den Ständen zur Zustimmung vorzulegen" (Anhalt, Hessen-Homburg).

In Ermangelung anderweiter Anhaltspunkte spricht indessen auch bei einer Ausdrucksweise dieser Art aus den oben angegebenen, der inneren Natur des betreffenden Rechtssatzes entnommenen Gründen die Präsumtion dafür, daß eine Verletzung desselben die Nichtigkeit der betr. Verfügung zur Folge habe.

Was sodann den specielleren Inhalt der betreffenden Verfassungsbestimmungen betrifft, so weichen dieselben, wie die Anlage ergiebt, erheblich von einander ab. Es lassen sich folgende Kategorieen unterscheiden:

I. Eine ausdrückliche Bestimmung, durch welche die Verbindlichkeit der Gesetze lediglich von der Beobachtung gewisser Formvorschriften abhängig gemacht wird, findet sich nur in den Verfassungen von Preußen, Hannover, Braunschweig, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Oldenburg und Reuß jüngere Linie [7]).

Die Formvorschriften, von deren Beobachtung die Verbindlichkeit abhängt, sind in diesen Verfassungen indessen wieder verschieden bestimmt, und zwar in folgender Art:

---

7) Nr. 1—10 d. Anl.

1. Nur in einer Verfassung, dem Hannoverschen Landesverfassungsgesetze von 1840, findet sich die Bestimmung, daß alle Gesetze und Verordnungen durch ihre Publication Seitens des Königs verbindlich werden. Weder der Umstand, daß die Publication in der vorgeschriebenen Form erfolgt ist (für Gesetze ist vorgeschrieben, daß bei ihrer Publication die erfolgte ständische Zustimmung erwähnt werde), noch der, daß die ständische Zustimmung in Fällen, wo sie verfassungsmäßig nothwendig gewesen, nicht Statt gefunden, soll auf die Verbindlichkeit von Einfluß sein.

2. Die Verfassungen von Preußen, Schwarzburg-Rudolstadt, Reuß jüngere Linie (1856), Oldenburg, Braunschweig, Hannover (1848 und 1855) und Sondershausen (1849 und 1857) enthalten die Vorschrift, daß Gesetze und Verordnungen verbindlich seien, wenn sie in der vorgeschriebenen Form publicirt worden.

Im Einzelnen finden hier aber wieder folgende Unterschiede Statt:

a. Nach den Verfassungen von Preußen, Schwarzburg-Rudolstadt [8]) und Reuß jüngere Linie [9]) (1856) besteht die

8) Nur in Beziehung auf „Gesetze“ ist hier bestimmt, daß sie verbindlich sind, wenn sie in der vorgeschriebenen Form verkündet sind. Für „Verordnungen“ findet sich eine derartige Bestimmung nicht. Die Frage nach der Verbindlichkeit von Verordnungen ist also nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden und gehört insofern diese Verfassung in die Kategorie sub II.

9) Im §. 65 der Verfassung von 1852 ist zwar vorgeschrieben, daß bei der Publication der Gesetze die erfolgte ständische Zustimmung zu erwähnen sei. Durch §. 107 des Gesetzes von 1856 ist die Verbindlichkeit aller landesherrlichen Erlasse aber ausschließlich von der Contrasignatur eines Ministers abhängig, jene Form des §. 65 also für unwesentlich erklärt. Die Verfassung von 1852 ohne die Aenderungen des Gesetzes von 1856 würde in die Kategorie der Verfassungen sub Nr. II. 1 fallen.

für die Publication vorgeschriebene Form lediglich in der Contrasignatur eines verantwortlichen Ministers. Alle landesherrlichen Erlasse sind daher ohne Unterschied des Inhalts und Namens verbindlich, wenn sie von einem Minister contrasignirt sind.

b. Nach der Hannoverschen Verfassung von 1855 und der Oldenburgischen von 1852 ist die Contrasignatur eines Ministers für alle landesherrlichen Erlasse, daneben aber für Gesetze die Erwähnung der ständischen Zustimmung bei der Publication vorgeschrieben. Unter Gesetzen in der hier fraglichen Beziehung verstehen diese Verfassungen nur solche Erlasse, welche sich selbst als Gesetze bezeichnen; auf den Inhalt kömmt es nicht an. Alle als „Verordnungen" bezeichnete Verfügungen sind daher, auch wenn sie ihrem Inhalte nach nur im Wege des Gesetzes hätten erlassen werden können, unbedingt verbindlich, sofern nur die Contrasignatur der Minister nicht fehlt.

Daß die Bestimmungen der Hannoverschen Verfassung von 1855 in diesem Sinne aufzufassen sind, ist unzweifelhaft. In Betreff der Oldenburgischen Verfassung kann es zweifelhaft sein, ob sie nicht in die folgende Kategorie gehört.

c) Die Hannoversche Verfassung von 1848, die Braunschweigsche Verfassung und die Verfassung von Sondershausen, sowohl die von 1849 als die von 1857, erfordern ebenfalls für jede Regierungsverfügung die Contrasignatur eines Ministers und daneben für Gesetze die Erwähnung der ständischen Zustimmung. Unter Gesetzen sind aber nach diesen Verfassungen alle Verfügungen zu verstehen, welche ihrem Inhalte nach verfassungsmäßig nur im Wege des Gesetzes erlassen werden können.

Jede Verfügung, mag sie Gesetz oder Verordnung genannt sein, ist daher, wenn sie Bestimmungen enthält, die nur

im Wege des Gesetzes hätten getroffen werden können, unverbindlich, wenn nicht die Zustimmung der Stände bei der Publication bezeugt ist.

Martin rechnet die Hannoversche Verfassung von 1848 zu der Classe der unter b. bezeichneten Verfassungen; indessen mit Unrecht. Sowohl ihr Wortlaut, als ihre Entstehungsgeschichte ergeben, daß sie in diese Classe gehört. Eine nähere Begründung dieser Ansicht ist hier nicht am Platze [10]).

In den Verfassungen von Braunschweig und Sondershausen lautet die betreffende Bestimmung dahin, daß Gesetze, wenn sie in der vorgeschriebenen Form verkündet worden, verbindliche Kraft erhalten. Für Verordnungen findet sich eine gleiche Bestimmung nicht. Daraus ergiebt sich unzweifelhaft, daß diese nur dann verbindlich sind, wenn sie sich ihrem Inhalte nach innerhalb derjenigen Schranken halten, innerhalb deren die gedachten Verfassungen es für zulässig erklären, Verfügungen im Wege der Verordnung zu erlassen.

In den sämmtlichen bisher erwähnten Verfassungen findet sich außerdem eine Bestimmung über sogenannte Nothgesetze, deren wesentlicher Inhalt übereinstimmend darin besteht, daß Verfügungen, welche an sich der ständischen Zustimmung bedürfen, in dringenden, keinen Aufschub leidenden Fällen von der Regierung vorläufig allein erlassen werden können. In Braunschweig ist dabei die Zuziehung des ständischen Ausschusses vorgeschrieben und nach allen bisher erwähnten Verfassungen dürfen solche Verfügungen keine Abänderung der Verfassung, nach einigen auch keine Aenderung des Wahlgesetzes und einiger anderen Gesetze enthalten.

Ihre Verbindlichkeit hängt in den sub 1 und 2a erwähn-

---

10) Vergl. darüber meine Schrift über die verbindliche Kraft der Verordnung vom 1. August 1855. Bremen 1856.

ten Verfassungen lediglich von der Contrasignatur des Ministers ab.

Nach den sub 2b aufgeführten Verfassungen muß bei der Publication auf die dringenden Umstände, welche verfassungsmäßig zur Erlassung eines Nothgesetzes berechtigen, Bezug genommen werden. Ist diese Form beobachtet, so ist die Verfügung selbst dann verbindlich, wenn sie Verfassungsänderungen enthalten sollte.

Nach den sub 2c aufgeführten Verfassungen, mit Ausnahme der Braunschweigischen, genügt die Bezugnahme auf die dringlichen Umstände nur für solche Gesetze, die keine Verfassungsänderung enthalten und nach der Braunschweigischen Verfassung muß die erfolgte Zustimmung des ständischen Ausschusses bezeugt sein.

II. In keiner der anderen deutschen Verfassungen ist die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen ausschließlich von der Beobachtung von Formvorschriften abhängig gemacht; wenigstens findet sich in keiner eine ausdrückliche Bestimmung dieses Inhalts. Sie enthalten überhaupt keine allgemeine Bestimmung über die Voraussetzungen, von denen die verbindliche Kraft der Gesetze und Verordnungen abhängt, sondern beschränken sich darauf, bestimmte Vorschriften für die Entstehung und Publication der Acte der gesetzgebenden Gewalt zu geben, ohne sich allgemein über die Folgen der Nichtbeobachtung dieser Vorschriften auszusprechen. In Beziehung auf einzelne derselben enthalten indessen einige Verfassungen einen solchen Ausspruch und mit Rücksicht hierauf sowie auf die Verschiedenheit der fraglichen Vorschriften selbst lassen sich folgende Kategorieen unterscheiden:

1) Die Contrasignatur eines Ministers ist in den Verfassungen von Baiern, Sachsen, Würtemberg, Kurhessen, Weimar, Bernburg (1850), Reuß jüngere Linie (1852),

Waldeck (1852), Coburg-Gotha, Meiningen, Altenburg, Luxemburg [11]) vorgeschrieben und in allen diesen Verfassungen ist zugleich bestimmt, daß ohne Contrasignatur keine Regierungsverfügung verbindlich sei. Aber nur diese negative Bestimmung ist in ihnen enthalten, nicht auch zugleich der positive Satz, daß jede mit der Contrasignatur versehene Regierungsverfügung verbindlich sei [12]).

Für Gesetze sind vielmehr noch andere Erfordernisse vorgeschrieben. Nach allen oben gedachten Verfassungen ist die Zustimmung der Stände entweder bei allen Gesetzen oder bei Gesetzen einer bestimmten Art (solchen, die der Verfassung die persönliche Freiheit und das Eigenthum betreffen) erforderlich. In einigen, nämlich in den Verfassungen von Baiern, Sachsen, Weimar, Coburg-Gotha, Bernburg (von 1850), Reuß jüngere Linie (von 1852), Waldeck (von 1852), Luxemburg und Hessen-Cassel ist außerdem bestimmt, daß bei der Publication der Gesetze auf die erfolgte ständische Zustimmung Bezug genommen werden müsse.

Ueber die rechtliche Bedeutung und Wirkung dieser Vorschriften, sowohl derjenigen, welche die Zustimmung der Stände zu der Erlassung der Gesetze, als derjenigen, welche die Bezugnahme auf diese Zustimmung bei der Publication erfordern, findet sich nur in einer der hier in Frage stehenden Verfassungen, nämlich in der von Coburg-Gotha eine ausdrückliche Bestimmung. Sie erklärt sowohl die Beobachtung der materiellen Vorschrift (der Zustimmung der Stände) als der for-

11) Nr. 6 und 11—21 der Anl.

12) Die Fassung der Hessischen Verfassungsurkunde ist in dieser Beziehung freilich nicht ganz klar und hat bekanntlich zu lebhaftem Streite Anlaß gegeben.

mellen (Erwähnung derselben bei der Publication) für zur Gültigkeit jedes Gesetzes erforderlich.

In den übrigen hier in Frage stehenden Verfassungen findet sich eine gleiche ausdrückliche Vorschrift nicht, und müssen hier also die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen.

Besonderem Zweifel unterliegt hierbei die Frage, ob diejenigen Verfassungen, in denen sich neben der materiellen Bestimmung, daß die Zustimmung der Stände zu allen oder gewissen Gesetzen erforderlich sei, auch die formelle Vorschrift findet, daß diese Zustimmung bei der Publication zu erwähnen sei, die Absicht gehabt haben, daß durch jene Erwähnung das wirkliche Erfolgtsein der ständischen Zustimmung festgestellt werden und die Verbindlichkeit der Gesetze daher nur von dieser Bezeugung der ständischen Zustimmung abhängen solle. In diesem Sinne hat nach der Mittheilung von Schaffrath auf dem Juristentage das Oberappellationsgericht zu Dresden die sächsische Verfassung interpretirt. Daß eine solche Absicht der Verfassung indessen nicht mit Nothwendigkeit aus dem Nebeneinanderstehen jener materiellen und formellen Vorschrift folgt, haben wir schon oben hervorgehoben und die Verfassung von Coburg-Gotha, in welcher ausdrücklich die Beobachtung beider Vorschriften für nothwendig erklärt wird, liefert den thatsächlichen Beleg für die Richtigkeit dieser Behauptung. Sofern daher nicht besondere Gründe bei einzelnen Verfassungen vorliegen, worauf wir hier nicht näher eingehen können, wird es erheblichen Bedenken unterliegen, ohne Weiteres jene Absicht anzunehmen.

2) In den übrigen deutschen Verfassungen (Oesterreich, Baden, Hessen (?), Mecklenburg, Nassau, Anhalt (1859), Lippe-Schaumburg und Lippe-Detmold, Hessen-Homburg, Reuß ältere Linie, Liechtenstein, die 4 freien Städte) finden sich außer der Bestimmung, daß Gesetze und Verordnungen von dem

Landesherrn (resp. Senate) publicirt werden, keine Formvorschriften; dagegen ist in allen mit Ausnahme der Liechtenstein'schen die Nothwendigkeit einer Mitwirkung der Stände entweder bei allen Gesetzen oder bei den Gesetzen eines bestimmten Inhalts anerkannt. Bei einigen wird sich aus der Art und Zeit ihrer Entstehung, aus der Fassung der betreffenden Bestimmungen und dem Zusammenhange derselben mit anderen nachweisen lassen, daß die Absicht nicht dahin gegangen ist, die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen von der Beobachtung dieser Vorschriften abhängig zu machen. So gehören die Verfassungen von Mecklenburg, Reuß ältere Linie, Lippe zu den altständischen, über deren Charakter wir uns oben ausgesprochen haben. Die Ausdrucksweise der Nassau'schen von 1814 und der Anhalt'schen Verfassung von 1859 deutet auf einen ähnlichen Standpunkt. Der Nothgesetzparagraph der österreich'schen Verfassung (§. 13) ist so gefaßt, daß man ohne Zwang die Verbindlichkeit jeder vom Kaiser publicirten Verordnung daraus ableiten kann.

Bei anderen fehlt es, soweit uns bekannt, an besonderen Anhaltspunkten für die Interpretation und werden daher die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung kommen müssen.

In mehreren der erwähnten Verfassungen finden sich ähnliche Bestimmungen über Nothgesetze wie in den oben sub I angeführten.

§. 7.

Aus der in dem Vorstehenden gegebenen Uebersicht ergiebt sich zunächst, daß die von Martin vertheidigte Ansicht, wonach die Verbindlichkeit der Gesetze von der Beobachtung gewisser Formvorschriften abhängen soll, nur partikularrechtliche, nicht gemeinrechtliche Geltung beanspruchen kann. Nur in einem Theile der deutschen Verfassungen ist der Satz sanctio-

nirt, daß die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen lediglich von der Publication, sei es unbedingt, oder unter der Bedingung, daß dieselbe in der vorgeschriebenen Form erfolgt ist, abhänge. In dem anderen Theile dagegen findet sich entweder gar keine Bestimmung über unsere Frage oder das ausdrückliche Anerkenntniß, daß die Verbindlichkeit eines Gesetzes von dessen Uebereinstimmung mit den ständischen Beschlüssen abhänge. Und in denjenigen Verfassungen, welche die Publication in der vorgeschriebenen Form als Bedingung der Verbindlichkeit hinstellen, findet wieder keine Uebereinstimmung in Betreff der Formvorschriften selbst, von deren Beobachtung die Verbindlichkeit abhängen soll, Statt. Eine gemeinsame, in den deutschen Verfassungen zum Ausdruck gelangte Rechtsüberzeugung zu Gunsten des von Martin vertheidigten Princips existirt also nicht.

§. 8.

Eine weitere Behauptung, die durch den Inhalt der betreffenden Verfassungsbestimmungen nicht bestätigt wird, ist die, daß nur den Ständen die Befugniß zustehe, eine Verletzung ihres Rechts auf Mitwirkung bei der Gesetzgebung zu rügen, daß die ohne ihre Mitwirkung erlassenen Gesetze daher zwar von ihnen angefochten werden könnten aber nicht unverbindlich seien. Ohne ausdrückliche Bestimmung würde ein solches Verhältniß nur dann angenommen werden können, wenn sich aus der ganzen Stellung der Stände ergäbe, daß nur sie ein rechtliches Interesse an der Beobachtung der fraglichen Vorschrift hätten. Für die altständischen Verfassungen, z. B. die Mecklenburgsche, nach welcher eine Mitwirkung der Stände nur bei solchen Gesetzen Statt findet, welche die speciellen Gerechtsame der ständischen Corporation und ihrer Glieder betreffen, mag eine solche Auffassung richtig sein. Wo

aber, wie in den neueren deutschen Verfassungen, die Bestimmungen über die Mitwirkung der Stände in öffentlichem Interesse getroffen sind, wo die Stände nicht in ihrem Interesse, sondern als Organ des staatlichen Lebens im Gesammt-Interesse des Staats an der Gesetzgebung Theil nehmen, wo in der Nichtbeobachtung der fraglichen Vorschrift nicht sowohl die Verletzung eines besonderen ständischen Rechts, als die Verletzung der objectiven über die Entstehung der Gesetze gegebenen Rechtsnorm liegt, da fehlt es an jedem inneren Grunde für die Annahme, daß jene Nichtbeobachtung statt Nichtigkeit der betreffenden Verfügung und Anfechtbarkeit Seitens der Stände zur Folge haben solle. Wäre eine solche Abweichung von der Consequenz des gesetzgeberischen Gedankens beabsichtigt, so hätte dieselbe ausdrücklich ausgesprochen werden müssen. Nur in einzelnen Verfassungen ist dies aber geschehen. In der Mehrzahl findet sich nicht einmal eine Andeutung dafür. Es fehlt namentlich auch an jeder Vorschrift über den Weg, auf welchem die Stände ein solches Recht der Anfechtung geltend zu machen hätten. Eine Ministeranklage wegen Verletzung der Verfassung — worauf wir noch specieller zurückkommen werden — ist keineswegs nach allen deutschen Verfassungen zulässig; und wo sie es ist, hat sie direct nur Bestrafung der Minister, nicht Beseitigung der verfassungswidrigen Verfügung zur Folge. Für eine Verfassung, welche die Nichtigkeit der ohne Zustimmung der Stände erlassenen Gesetze hätte ausschließen und die Befolgung ihrer Vorschrift lediglich durch ein Anfechtungs-Recht der Stände hätte sichern wollen, wäre aber die Bestimmung des Weges, auf welchem dies Recht geltend zu machen, unerläßlich gewesen.

Die in verschiedenen Verfassungen (Sachsen, Oldenburg, Kurhessen, Braunschweig, Anhalt, Reuß, Altenburg, Bremen, Lübeck, Hamburg) vorkommende Bestimmung, daß, wenn Re-

gierung und Stände (resp. Senat und Bürgerschaft) sich über die Auslegung einzelner Verfassungsbestimmungen nicht einigen können, ein Schiedsgericht oder Staatsgerichtshof auf Verlangen des einen oder anderen Theils den Streit entscheide, ist für unsere Frage ohne Bedeutung. Indirect kann zwar eine solche Entscheidung, wenn der Streit durch den Erlaß einer Verfügung Seitens der Regierung veranlaßt war, deren Verfassungsmäßigkeit von den Ständen bestritten wurde, auch für die Entscheidung der Frage, ob die betr. Verfügung verbindlich ist, maßgebend sein. Aber daraus kann nicht gefolgert werden, daß die Verfügung nur auf dem durch jenes Verfahren vorgeschriebenen Wege angefochten werden könne und bis zu der darin ergehenden Entscheidung als verbindlich zu betrachten sei. Denn die Einrichtung eines solchen Verfahrens ist auch bei Aufrechterhaltung des Grundsatzes, daß die auf verfassungswidrigem Wege entstandenen Gesetze und Verordnungen nichtig seien, nicht nur denkbar, sondern, wie wir weiter unten sehen werden, in hohem Grade wünschenswerth, weil dadurch eine definitive, für alle Theile bindende Entscheidung der Frage erreicht werden kann. Durch die Möglichkeit, eine solche Entscheidung auf diesem Wege zu erlangen, wird die Frage, ob bis dahin, daß sie ergangen, die betr. Verfügung verbindlich ist oder nicht, ebensowenig berührt, wie durch die Möglichkeit, daß jene Entscheidung auch auf dem Wege der authentischen Interpretation durch die gesetzgebende Gewalt erfolgen kann. Die Entscheidung des Staatsgerichtshofs vertritt die Stelle der authentischen Interpretation; sie kann und soll wie diese nur feststellen, was Rechtens ist. Bis sie erfolgt, bleibt die streitige Frage formell unentschieden und ist von Jedem, der in die Lage kommt, sie entscheiden zu müssen, nach den in der Sache liegenden Gründen zu beantworten. Nur wenn bestimmt wäre, daß jene Entscheidung die mit ihr in Widerspruch ste-

henden Verfügungen nicht für ungültig zu erklären, sondern aufzuheben habe, würde daraus geschlossen werden können, daß dieselben bis dahin verbindlich seien. Eine Bestimmung dieser Art findet sich aber in den fraglichen Verfassungen nicht. —

Martin verweist zur Unterstützung seiner Ansicht auf das Bundesschiedsgericht [13]). Gegen die daraus hergeleiteten Argumente sprechen nicht allein die eben entwickelten Gründe, sondern es tritt noch hinzu, daß der Bundesbeschluß über das Bundesschiedsgericht nur die Regierungen gegen einander verpflichtet, bei Streitigkeiten über die Auslegung der Verfassung oder über die Grenzen des ständischen Mitwirkungsrechts, „ehe sie die Dazwischenkunft des Bundes nachsuchen,“ die Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu veranlassen. Den Ständen ist dadurch ein Recht auf Einleitung des schiedsgerichtlichen Verfahrens nicht eingeräumt. Wenn sie aber überall kein Recht aus diesem Bundesbeschlusse ableiten können, so kann daraus auch nicht gefolgert werden, daß nur ihnen das Recht zustehe, verfassungswidrige Verfügungen des Landesherrn anzufechten.

§. 9.

Eine fernere Frage ist die, ob aus den Bestimmungen der deutschen Verfassungen über Ministerverantwortlichkeit [14])

---

13) In Folge der Auflösung des deutschen Bundes durch die Ereignisse des Jahres 1866 ist diese Institution jetzt weggefallen. Ihre Bedeutung für das Verständniß der unter ihrer Herrschaft entstandenen Verfassungen hat sie dadurch aber nicht verloren. — Aus der Verfassung des norddeutschen Bundes ist für unsere Frage nichts zu entnehmen.

14) Die speciellen Bestimmungen der deutschen Verfassungen über Anklage der Minister und das dabei zu beobachtende Verfahren sind

eine der Zustimmung der Stände bedürfende Verfügung ohne dieselbe erlassen ist, gar keine Garantie dadurch geboten.

Es scheint uns hieraus zur Genüge hervorzugehen, daß die deutschen Verfassungen keinen Anhaltspunkt für die Behauptung bieten, daß durch die Ministerverantwortlichkeit die Nichtigkeit der ohne ständische Zustimmung erlassenen Gesetze und Verordnungen habe ersetzt und beseitigt werden sollen. Einzelnen Verfassungen liegt diese Auffassung allerdings zu Grunde, als eine den deutschen Verfassungen gemeinsame läßt sie sich nicht nachweisen.

§. 10.

In einigen Verfassungen ist die Zustimmung der Stände für alle Gesetze vorgeschrieben, in anderen nur für bestimmte Kategorieen. Welche Bestimmungen nur durch Gesetze, welche durch Verordnungen getroffen werden können, darüber enthält keine Verfassung specielle Bestimmungen und nur in einigen findet sich die allgemeine Vorschrift, daß Verordnungen nur zur Ausführung bestehender Gesetze dienen und nichts enthalten dürfen, was seiner Natur nach der ständischen Zustimmung bedarf.

Aus diesem Mangel einer materiellen Bestimmung über das der Gesetzgebung vorbehaltene und das der Verordnung überlassene Gebiet hat man einen Grund gegen unsere Ansicht herleiten wollen. Von Einigen ist daraus gefolgert, daß die Verbindlichkeit aller landesherrlichen Verfügungen, welchen Inhalt und Namen sie haben mögen, unabhängig von der ständischen Zustimmung sei; von Anderen — und zu diesen gehört Martin — wird darauf die Behauptung gegründet, daß der Name, welchen der Landesherr einer Verfügung gebe, der Umstand, ob er sie Gesetz oder Verordnung nenne, darüber entscheide, ob die ständische Zustimmung (oder, wie

Martin annimmt, die Bezeugung derselben Seitens des Landesherrn) erforderlich sei oder nicht.

Die erstere Ansicht entbehrt offenbar allen Grundes.

Aber auch die zweite beruht auf der falschen Voraussetzung, daß es an einer festen objectiven Grenze zwischen Gesetz und Verordnung fehle. Die Verfassungen unterlassen es, jene Grenze speciell zu bezeichnen, weil sich dieselbe aus dem Wesen des Gesetzes von selbst ergiebt und es unmöglich ist, die einzelnen Fälle aufzuzählen, in denen ein Gesetz nothwendig ist, oder eine Verordnung genügt. Die Begriffe Gesetz und Verordnung correspondiren mit den Begriffen der gesetzgebenden und der Regierungsgewalt. Die Aufgabe der einen ist es, das Recht festzustellen, die der anderen, innerhalb der durch das Recht gesetzten Grenzen die im Interesse des Staatswohls erforderlichen Maßregeln nach den Gesichtspunkten der Zweckmäßigkeit anzuordnen. Die eine erläßt, um ihre Aufgabe zu erfüllen, Gesetze, die andere Verordnungen [15]. Diese durch die Wissenschaft

---

15) Die Grenzen, welche das Recht dem freien Walten der Regierungsgewalt setzt, können weiter oder enger gezogen und demgemäß das Gebiet, auf welchem durch Verordnung verfügt werden kann, größer oder kleiner sein. Das Wesen der Regierungs- und Verordnungsgewalt wird dadurch aber nicht berührt. Wir können daher die von H. R. Martin in der oben citirten Schrift vertheidigte Ansicht, daß, wenn ein Gesetz nur principielle Normen gebe, deren Vollzug und Handhabung erst noch die Aufstellung specieller, vermittelnder secundärer Rechtsbestimmungen erfordere, die zu diesem Zwecke zu treffenden Verfügungen als Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt zu betrachten, gleichwohl aber im Wege der Verordnung zu treffen seien, nicht für richtig halten. Entweder will das Gesetz innerhalb der von ihm aufgestellten Normen die Regierungsthätigkeit frei nach Zweckmäßigkeitsrücksichten walten lassen, dann können die betreffenden Bestimmungen allerdings im Wege der Verordnung erlassen werden, sind dann aber auch nicht Ausfluß der gesetzgebenden, sondern der Regierungsgewalt. Oder es hat jene Absicht nicht, dann kann die Ausführung nur im Wege der Gesetzgebung und nicht durch

festgestellten Begriffe setzen die Verfassungen mit Recht als bekannt voraus. Ihre Anwendung kann in einzelnen Fällen zu Schwierigkeiten und Zweifeln führen. Aber nicht Sache des Gesetzes, sondern der Wissenschaft ist es, dieselben zu lösen und eine Verfassung, welche den Versuch machte, sie durch casuistische Detailbestimmungen abzuschneiden, würde ihre Aufgabe völlig verkennen. Indem die deutschen Verfassungen sich darauf beschränken, ihre Vorschriften an die allgemeinen Begriffe der gesetzgebenden und Regierungsgewalt, der Gesetze und Verordnungen zu knüpfen, haben sie nichts Anderes beabsichtigen können, als daß diese Begriffe in dem bekannten durch die Wissenschaft festgestellten Sinne verstanden werden. Und wenn eine Verfassung daher ohne specielle Zusätze vorschreibt, daß Gesetze nur unter Zustimmung der Stände erlassen werden sollen, so kann sie darunter nur solche Verfügungen verstanden haben, welche in Wirklichkeit, also ihrem Inhalte nach Gesetze sind, einerlei, welchen Namen sie tragen mögen. Wäre es wirklich wahr, daß es eine feste objective Grenze zwischen Gesetz und Verordnung nicht gebe, so wäre das ganze Recht der Stände, bei der Gesetzgebung mitzuwirken, ein inhaltsloses, von dem Ermessen des Landesherrn abhängiges. Es würde ihnen auch das Recht, die Zurücknahme einer ihrer Ansicht nach in das Gebiet der Gesetzgebung eingreifenden Verordnung zu verlangen und nöthigenfalls die Entscheidung eines Staatsgerichtshofs darüber anzurufen, ebenso das Recht, die Minister wegen des Erlasses einer solchen Verordnung anzuklagen, nicht zustehen können. Denn wenn die Frage, ob

---

Verordnung geschehen. Das erstere wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn das Gesetz Rechtssätze, die zur unmittelbaren Anwendung geeignet und bestimmt sind, das letztere, wenn es — wie z. B. in den meisten grundrechtlichen Bestimmungen der Verfassungen — nur allgemeine Grundsätze aufstellt.

eine Verfügung dem Gebiete der Gesetzgebung oder der Verordnung angehört, sich überall nicht nach festen rechtlichen Gesichtspunkten beurtheilen läßt, so ist eben jede Art von rechtlicher Entscheidung darüber unmöglich. Die ganze Bestimmung, daß die Zustimmung der Stände zu allen Gesetzen erforderlich sei, hätte dann keinen anderen Sinn, als daß der Landesherr in solchen Fällen, welche er dafür geeignet halte, die Zustimmung der Stände einholen werde. Ist es denkbar, daß das die Absicht der deutschen Verfassungen gewesen?

§. 11.

Von Einigen, namentlich von Bischof, in einer Reihe von Aufsätzen über „Verfassung, Gesetz, Verordnung und richterliches Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit landesherrlicher Gesetze und Verordnungen" in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß Band 16 und folgende ist die Verbindlichkeit aller von dem Landesherrn erlassenen allgemeinen Anordnungen auf das Staatsnothrecht gegründet. Die desfallsige Argumentation geht im Wesentlichen dahin: Das Staatsnothrecht ist seiner Natur nach völlig unbeschränkt. Darüber, ob und welche Anwendung desselben durch die factischen Verhältnisse geboten sei, entscheidet nach deutschem Staatsrechte allein der Landesherr. Es kann nun durch die Verhältnisse geboten sein, ein auf Grund des Staatsnothrechts ohne Zustimmung der Stände zu erlassendes Gesetz in die Form einer bloßen Vollzugsverordnung zu kleiden. Wenn der Landesherr dies für nothwendig hält und demgemäß ein Nothgesetz in Form der Vollzugsverordnung erläßt, so muß dasselbe, obgleich es sich äußerlich nur als Vollzugsverordnung darstellt, verbindlich sein. Es ist dabei zwar nothwendig, daß der Landesherr wirklich von dem Staatsnothrechte habe Gebrauch machen *wollen*. Daß er dies aber wirklich gewollt habe,

muß bei jeder Verordnung, die ihrem Inhalte nach keine Verordnung, sondern ein Gesetz ist, präsumirt werden, weil die entgegengesetzte Annahme eine verfassungswidrige Absicht des Landesherrn voraussetzen und die Unwirksamkeit seiner Verordnung zur Folge haben würde, während doch nach anerkannten allgemeinen Grundsätzen eine Auslegung, welche von solchen Voraussetzungen ausgeht und zu solchen Resultaten führt, zu vermeiden ist, so lange eine andere Auslegung, welche die verfassungsmäßige Absicht des Landesherrn voraussetzt und die Wirksamkeit seiner Verfügungen sichert, möglich ist. Daraus folgt, daß jede landesherrliche Verordnung verbindlich ist; denn entweder enthält sie nur solche Bestimmungen, die der Landesherr kraft seines Verordnungsrechts erlassen konnte, dann gilt sie als Verordnung; oder sie enthält Bestimmungen, die der Zustimmung der Stände bedurften, dann ist anzunehmen, daß der Landesherr sie kraft des Staatsnothrechts habe erlassen wollen, und sie gilt als Nothgesetz.

Auf den ersten Blick scheint diese Argumentation viel für sich zu haben; einer genaueren Betrachtung gegenüber aber erweist sie sich nicht als stichhaltig. Wir wollen zunächst von den speciellen Bestimmungen der deutschen Verfassungen, deren mehrere (Hannover, Oldenburg, Weimar, Coburg-Gotha, Waldeck, Braunschweig) eine bestimmte Form für die Verkündigung der Nothgesetze vorschreiben und die in ihrer überwiegenden Mehrzahl jede Aenderung der Verfassung (einige auch noch andere Gesetze) durch Nothgesetze ausschließen, absehen. Wir wollen auch — worauf wir noch zurückkommen werden — vorläufig zugeben, daß die Entscheidung darüber, ob die Verhältnisse eine Anwendung des Staatsnothrechts erfordern, dem Landesherrn allein zustehe. Jedenfalls kann aber doch, wie ja auch in der obigen Argumentation zugegeben wird, ein Nothgesetz nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn der

Landesherr ein solches hat erlassen wollen und diesen Willen erklärt hat. Diese Erklärung kann allerdings, wo nicht eine besondere Form derselben vorgeschrieben ist, auch durch concludente Handlungen erfolgen. Aber es ist unrichtig, sie in der Thatsache zu finden, daß eine von dem Landesherrn als bloße Vollzugsverordnung verkündete Verfügung Bestimmungen enthält, welche durch eine Vollzugsverordnung nicht getroffen werden können. Die Interpretationsregeln, daß eine Ausgleichung zu vermeiden sei, welche der höchsten Staatsgewalt die Absicht eines Verfassungsbruchs unterschiebe, oder die Unwirksamkeit der erlassenen Norm herbeiführe, können der Natur der Sache nach nur dann zur Anwendung kommen, wenn nach dem Wortsinne und den sonstigen Umständen eine die Verfassungsmäßigkeit und Wirksamkeit der Norm aufrecht erhaltende Auslegung möglich ist. Nun schließt aber, wenn eine Verordnung ausdrücklich als Vollzugsverordnung bezeichnet ist, oder (wie in mehreren Verfassungen, z. B. Hannover, vorgeschrieben ist) im Eingange auf das Gesetz Bezug nimmt, zu dessen Ausführung sie dienen soll, der klare Wortsinn die Absicht, ein Nothgesetz zu erlassen, aus; denn ein Nothgesetz kann zwar möglicherweise Verordnung, nie aber Vollzugsverordnung oder Verordnung zur Ausführung des und des Gesetzes genannt werden. In den letzteren Bezeichnungen liegt so unzweideutig wie möglich die Erklärung, nur einen Act der gewöhnlichen Regierungsgewalt vornehmen zu wollen, während ein Nothgesetz immer ein Act der, hier nur ausnahmsweise von dem Landesherrn allein ausgeübten, gesetzgebenden Gewalt ist. Es handelt sich hier also nicht um die Wahl zwischen zwei nach dem Wortsinne gleich möglichen Auslegungen, sondern die Absicht des Landesherrn, ein Nothgesetz zu erlassen, kann nur durch eine mit dem Wortsinne in Widerspruch stehende Auslegung deducirt

werden. Daß aber die obigen Interpretationsregeln nicht genügen, um eine solche Abweichung von dem klaren Wortsinne zu rechtfertigen, bedarf keines Beweises.

Aber auch dann, wenn eine Verfügung schlechthin als Verordnung bezeichnet ist, bleibt das Resultat dasselbe. Unter Verordnungen schlechthin werden nämlich zwar bisweilen alle von dem Landesherrn einseitig erlassenen allgemeinen Verfügungen, einerlei, welchen Inhalt sie haben, verstanden und manche Verfassungen (z. B. Sachsen, Baden, Reuß j. L.) bezeichnen auch die Nothgesetze als Verordnungen, die zwar ihrer Natur nach der ständischen Zustimmung bedürfen, aber wegen Dringlichkeit der Umstände provisorisch von dem Landesherrn erlassen werden können. Die gewöhnliche Bedeutung des Worts „Verordnung" im Leben wie in der Wissenschaft ist aber die, daß darunter solche Verfügungen verstanden werden, welche der Landesherr kraft seiner Regierungsgewalt (im Gegensatz zu der gesetzgebenden Gewalt) einseitig erläßt. Dem entsprechend bezeichnen diejenigen Verfassungen, nach welchen die Zustimmung der Stände nicht zu allen, sondern nur zu gewissen Arten von Gesetzen erforderlich ist, die hiernach von dem Landesherrn allein ausgehenden Acte der gesetzgebenden Gewalt nicht als Verordnungen, sondern als Gesetze, und mehrere Verfassungen (z. B. Hannover, Weimar, Rudolstadt, Sondershausen) bezeichnen auch die sogenannten Nothgesetze ausdrücklich als Gesetze oder gesetzliche Verfügungen. Nach dem gewöhnlichen Wortsinne würde man also, wenn eine landesherrliche Verfügung schlechthin als Verordnung bezeichnet ist, nicht daran denken, daß der Landesherr beabsichtigt habe, ein Nothgesetz zu erlassen. Wenn indessen überwiegende innere Gründe für eine solche Auslegung seines Willens sprächen, so würde dieselbe, da sie nach dem Wortsinne wenigstens möglich ist, nicht von vornherein zurückgewiesen werden können. Wir

können indessen nicht anerkennen, daß sich aus den in der gegnerischen Argumentation in Bezug genommenen Interpretationsregeln solche innere Gründe ableiten lassen.

Die erste derselben, nach welcher im Zweifel eine Auslegung zu vermeiden ist, welche zu der Annahme einer rechtswidrigen, auf Verfassungsbruch gerichteten Absicht des Landesherrn führt, ist in der Mehrzahl der Fälle überall nicht anwendbar. Denn man hat bei der Beantwortung der Frage, welche Absicht der Landesherr bei dem einseitigen Erlasse einer die Zustimmung der Stände bedürfenden Verordnung gehabt habe, nicht bloß die Wahl zwischen der Alternative, daß der Landesherr habe verfassungswidrig handeln und der, daß er von dem Staatsnothrechte habe Gebrauch machen wollen, sondern die dritte Möglichkeit ist die, daß er eine gewöhnliche in das Gebiet seiner Regierungsgewalt fallende Verordnung hat erlassen wollen und die der Zustimmung der Stände bedürfenden Bestimmungen nur deßhalb aufgenommen hat, weil er irrthümlich geglaubt, sie ohne Zustimmung der Stände vermöge seiner Regierungsgewalt erlassen zu können. Bei der Wahl unter den letzten beiden Auslegungen ist nun aber zu berücksichtigen, daß sich der Landesherr bei dem Erlasse gewöhnlicher, innerhalb seiner Regierungsgewalt liegender Verordnungen und dem Erlasse von Nothgesetzen nicht in derselben Lage befindet. In Beziehung auf erstere entscheidet sein freies, lediglich durch Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmtes Ermessen, letztere dagegen *darf* er nur erlassen, wenn die außergewöhnlichen Umstände, welche zu dem Gebrauche des Staatsnothrechts berechtigen, vorliegen. *Ob* dieselben vorliegen, hat zwar er allein zu entscheiden. Aber diese *Entscheidung muß er abgegeben haben*, wenn er ein Nothgesetz erlassen will. Eine solche außerhalb des regelmäßigen Ganges des Staatslebens liegende Entscheidung kann aber, da nach bekannten Interpretations-

grundsätzen bei der Auslegung einer Willenserklärung von dem regelmäßigen Zustande der Dinge auszugehen ist, und nicht das Vorhandensein völlig außergewöhnlicher Thatsachen präsumirt werden darf, nicht ohne eine desfallsige unzweideutige Erklärung angenommen werden. Man wird deßhalb eher annehmen können, daß der Landesherr sich über die Bedeutung der von ihm erlassenen Verordnung geirrt, als daß er ein Nothgesetz habe erlassen wollen, gleichwohl aber seine desfallsige Absicht nicht erklärt habe. Dem gegenüber kann auch die zweite der obigen Interpretationsregeln nicht in Betracht kommen. Bei der Annahme, daß der Landesherr nur eine innerhalb des Kreises seiner Regierungsgewalt liegende Verfügung habe erlassen wollen, würde dieselbe allerdings unwirksam sein. Um hierauf indessen Gewicht legen zu können, müßte feststehen, daß er unter allen Umständen die Wirksamkeit der Verordnung habe aufrecht erhalten wollen. Diese Absicht konnte er nur haben, wenn er ein Nothgesetz erlassen wollte. Spricht nun, wie wir gesehen haben, die Vermuthung eher dafür, daß er die Verordnung nur in der irrthümlichen Voraussetzung, daß sie der ständischen Zustimmung nicht bedürfe, erlassen hat, so steht die Unwirksamkeit derselben mit seiner wirklichen Absicht nicht in Widerspruch. Sie entspricht derselben vielmehr, weil er die Verordnung, wenn er jenen Irrthum erkannt hätte, selbst nicht erlassen haben würde.

Man kann sich nun zwar auch Fälle denken, in welchen die Bestimmungen einer landesherrlichen Verordnung so zweifellos der ständischen Zustimmung bedürfen, daß eben wegen dieses ihres Inhalts die Annahme eines Irrthums des Landesherrn unzuläßig wird. In solchen Fällen würde allerdings nur die Wahl zwischen der Annahme, daß der Landesherr verfassungswidrig habe handeln, und der, daß er von dem Staatsnothrechte habe Gebrauch machen wollen, übrig blei-

ben[16]). Jede dieser beiden Annahmen setzt das Vorhandensein außergewöhnlicher Umstände voraus, die erste eine verfassungswidrige Absicht des Landesherrn, die andere nicht nur das Vorhandensein solcher Ausnahmszustände, welche zu dem Erlasse eines Nothgesetzes berechtigen, sondern auch, daß der Landesherr, obgleich er auf Grund derselben die betr. Verordnung als Nothgesetz hat erlassen *wollen*, es doch *unterlassen* hat, dies auszusprechen. Der letztere Punkt ist von besonderer Wichtigkeit. Denn nach der Natur der Sache kann, wenn der Landesherr wirklich ein Nothgesetz erlassen wollte, nicht angenommen werden, daß er die Hervorhebung dieses entscheidenden Umstandes aus *Versehen* unterlassen hat. Und wenn *Bischof* ein *absichtliches* Unterlassen dieser Hervorhebung durch die Hinweisung auf Fälle als möglich darzustellen sucht, in denen das Interesse des Staats es erfordere, ein Nothgesetz zu erlassen und doch den Schein eines solchen zu vermeiden, so sind nicht nur Fälle dieser Art jedenfalls sehr viel unwahrscheinlicher und seltener, als der einer wirklich beabsichtigten Verfassungsverletzung, sondern die ganze Argumentation läuft auf einen inneren Widerspruch hinaus. *Bischof* erkennt selbst an, daß ein Nothgesetz nicht angenommen werden könne, wenn nicht der Wille des Landesherrn, ein solches zu erlassen, feststehe. Er folgert diesen Willen in unserem Falle mit Hülfe der von ihm aufgestellten Interpretationsregeln

---

16) Man könnte möglicherweise in solchem Falle noch daran denken, daß der Landesherr irrthümlich geglaubt habe, daß die ständische Zustimmung erfolgt sei. Diese Annahme wird indessen durch die Bezeichnung der Verfügung als Verordnung unbedingt ausgeschlossen, da die unter ständischer Zustimmung erfolgenden Acte der gesetzgebenden Gewalt nach dem in dieser Beziehung feststehenden Sprachgebrauche immer als „Gesetze" bezeichnet werden oder der ständischen Zustimmung ausdrücklich bei ihnen gedacht wird.

aus dem Inhalt der Verordnung. Ist diese Folgerung richtig, ist also der Wille des Landesherrn, ein Nothgesetz zu erlassen, wirklich erkennbar, so ist der Zweck, den Bischof supponirt, nämlich den Schein eines Nothgesetzes zu vermeiden, nicht erreicht. Wäre derselbe aber erreicht, wäre der Wille des Landesherrn, ein Nothgesetz zu erlassen, nicht erkennbar, so wäre, weil ohne diesen Willen ja kein Nothgesetz angenommen werden kann, in der That ein solches auch nicht vorhanden. Ein Nothgesetz, was nicht als solches erkennbar ist, ist eine Unmöglichkeit, denn so weit man auch das Staatsnothrecht ausdehnen mag, so weit geht es doch nicht, daß die Fundamentalsätze der Logik dadurch beseitigt würden und eine Willenserklärung ohne Erklärung dadurch möglich würde.

Ist hiernach ein absichtliches Verschweigen der Absicht, ein Nothgesetz zu erlassen, undenkbar, so wird man anerkennen müssen, daß auch in den Fällen, in welchen nur die Wahl zwischen der Annahme, daß der Landesherr ein Nothgesetz habe erlassen und der, daß er verfassungswidrig habe handeln wollen, übrig bleibt, überwiegende Gründe gegen die erstere Annahme sprechen.

Im Wesentlichen dieselben Gründe schließen auch in dem Falle, wenn der Landesherr eine der ständischen Zustimmung bedürfende Verfügung, ohne diese Zustimmung zu erwähnen und ohne daß dieselbe wirklich erfolgt ist, schlechthin als „Gesetz" publicirt, die Annahme eines Nothgesetzes aus.

§. 12.

Wenn man anerkennt, daß an sich die Verbindlichkeit derjenigen Acte der gesetzgebenden Gewalt, für welche die Zustimmung der Stände vorgeschrieben ist, davon abhängt, daß diese wirklich erfolgt ist, so kann doch noch die Frage aufgeworfen werden, ob nicht dem Landesherrn die Befugniß zu-

stehe, im einzelnen Falle endgültig darüber zu entscheiden, ob eine von ihm erlassene Verfügung der ständischen Genehmigung bedurft habe und ob dieselbe erfolgt sei. Diese Frage fällt zwar praktisch meist mit der Frage, ob die ständische Zustimmung die Bedingung der Verbindlichkeit sei, zusammen, aber nicht theoretisch. Wenn z. B. eine landesherrliche Verordnung, welche gesetzliche Bestimmungen enthält, die verfassungsmäßig der Zustimmung der Stände bedürfen, ausdrücklich im Eingange erklärte, „es sei die durch die Verfassung vorgeschriebene ständische Zustimmung zwar nicht zu erlangen gewesen und es seien auch die Voraussetzungen, unter welchen der Landesherr nach der Verfassung ausnahmsweise ohne ständische Zustimmung gesetzliche Bestimmungen treffen könne, nicht vorhanden, aber trotzdem sei es im Interesse des Staats nothwendig befunden, die folgenden gesetzlichen Bestimmungen zu treffen ꝛc.“, so würden Diejenigen, welche die ständische Zustimmung überall nicht als ein Erforderniß für die Verbindlichkeit der Acte der gesetzgebenden Gewalt betrachten, auch eine solche Verordnung für verbindlich erklären müssen; Diejenigen aber, welche die ständische Zustimmung an sich für nothwendig halten und dem Landesherrn nur die Entscheidung darüber zusprechen, ob eine von ihm erlassene Verordnung zu denjenigen gehöre, für welche die ständische Zustimmung vorgeschrieben sei, würden sie für unverbindlich halten müssen, weil der Landesherr selbst ihre Verfassungswidrigkeit anerkannt hat.

Es bedarf keiner Ausführung, daß sich ein Recht des Landesherrn, in der gedachten Art selbst über die Verbindlichkeit seiner Verfügungen zu entscheiden, aus allgemeinen Gründen nicht rechtfertigen läßt. Wenn das Gesetz Jemanden ein Recht nur innerhalb bestimmter Grenzen oder unter bestimmten thatsächlichen Voraussetzungen einräumt, so ist die subjective **Meinung** des Berechtigten darüber, ob seine Handlung

innerhalb jener Grenzen liege, für die Frage, ob dies objectiv wirklich der Fall ist, ohne Bedeutung und kann nur für die Frage, ob er doloser oder culposer Weise sein Recht überschritten, von Erheblichkeit sein.

Martin gesteht dies in Betreff der Dispositionen von Privatpersonen zu, behauptet aber, indem er sich die Pape'schen Deductionen auf dem Wiener Juristentage aneignet, daß für die Handlungen des Landesherrn andere Grundsätze maßgebend seien. Wir vermissen indessen jeden Beweis für diese Behauptung; denn weder aus der gesetzgebenden, noch aus der Regierungsgewalt des Landesherrn läßt sich eine solche Ausnahmsstellung desselben herleiten. Kraft seiner Gesetzgebungsgewalt kann er eine ohne Zustimmung der Stände erlassene Verfügung, wenn dieselbe verfassungsmäßig jener Zustimmung bedurft hätte, nicht für gültig erklären, weil eine gesetzliche Erklärung dieser Art selbst der Zustimmung der Stände bedürfen würde, und kraft seiner Regierungsgewalt kann er es nicht, weil eine solche Erklärung überall außerhalb der Grenzen derselben liegt.

„Aber" — sagt Pape — „es giebt keinen Richter, der dem Landesherrn die Grenzen seines Rechts zu bezeichnen hat." Der Sinn dieses Einwandes ist nicht ganz klar; es scheint damit indessen Folgendes gemeint zu sein. Man kann die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit und Verbindlichkeit einer landesherrlichen Verordnung in zweifacher Weise stellen. Man kann sie als eine Frage nach dem objectiven Rechte, also dahin stellen: ist die Verordnung verfassungsmäßig und verbindlich? Sind dadurch neue Rechtssätze entstanden oder nicht? Man kann aber auch nach der subjectiven Berechtigung des Landesherrn fragen, die Frage also dahin stellen: war der Landesherr verfassungsmäßig berechtigt, die fragliche Verordnung zu erlassen? Ueber die Frage in ihrer

ersten Fassung ist eine Entscheidung durch Richterspruch überall nicht möglich. Denn es liegt gänzlich außerhalb der Aufgabe des Richteramts, das objective Recht festzustellen; nur zur Entscheidung streitig gewordener subjectiver Rechte ist es berufen. Ueber die Frage in ihrer zweiten Fassung wäre ein Richterspruch denkbar. Es könnte durch einen solchen über die bestrittene Befugniß des Landesherrn, eine Verordnung zu erlassen, zwischen ihm und den durch die Verordnung Verletzten entschieden werden. Verletzt durch eine verfassungswidrige Verordnung sind nicht bloß die Stände, sondern alle Diejenigen, deren Verhältnisse durch die Verordnung berührt werden, also — genau genommen — alle Glieder des Staats. Ein Richterspruch, der über die fragliche Befugniß des Landesherrn allen Gliedern des Staats gegenüber entschiede, der also sowohl diese, als den Landesherrn bände, würde dadurch mittelbar zugleich das objective Recht feststellen, denn dies fällt hier mit dem subjectiven Rechte des Landesherrn den Unterthanen gegenüber zusammen. Denkbar — wie gesagt — wäre ein solcher Richterspruch. Aber nach gemeinem deutschen Staatsrecht giebt es keinen Richter, der dazu competent wäre. Ist dies, wie wir glauben, der Sinn der obigen Pape'schen Behauptung, so sind wir damit einverstanden. Aber die daraus gezogenen Schlußfolgerungen müssen wir bestreiten. Daraus, daß es keinen Richter giebt, der über das Recht des Landesherrn selbst zu entscheiden befugt ist, folgt nicht, daß die Gerichte auch über die rechtliche Wirkung einer von dem Landesherrn erlassenen Verordnung auf die Entscheidung der zu ihrer Competenz gehörenden Sachen nicht erkennen dürfen. Und daraus, daß kein Urtheil existirt und möglich ist, das in allgemein bindender Weise die Verbindlichkeit oder Unverbindlichkeit einer landesherrlichen Verordnung feststellt, folgt nicht, daß dieselbe als verbindlich betrachtet und befolgt werden muß.

Weder die Verbindlichkeit noch Unverbindlichkeit ist formell festgestellt. Die Frage danach muß also aus den in der Sache liegenden materiellen Gründen entschieden werden. Das Verhältniß ist ganz dasselbe, wie bei jeder anderen streitigen Rechtsfrage. Es giebt keine Möglichkeit, eine allgemein bindende richterliche Entscheidung darüber zu erlangen; folglich muß jeder Einzelne und jedes Gericht, die in die Lage kommen, sie beantworten zu müssen, sich selbst die materiell richtige Entscheidung zu bilden suchen. Ebenso in unserem Falle. Weil in allgemein bindender Weise nicht entschieden ist und nicht entschieden werden kann, ob bei einer landesherrlichen Verfügung diejenigen Vorschriften beobachtet sind, deren Beobachtung verfassungsmäßig ihre Verbindlichkeit bedingt, müssen sich die Gerichte, um den einzelnen, zu ihrer Competenz gehörigen Fall entscheiden zu können, selbst ein Urtheil darüber bilden. Wenn sie hierbei zu dem Resultate gelangen, daß die landesherrliche Verfügung verfassungswidrig und unverbindlich sei und dieselbe deßhalb bei der Entscheidung des Processes unberücksichtigt lassen, so überschreiten sie damit, obwohl der Landesherr selbst ihrer Gerichtsbarkeit nicht unterworfen ist, ebenso wenig ihre Competenz, wie dies dadurch geschieht, daß ein Gericht in einem zu seiner Competenz gehörigen Processe zwischen A. und B., dessen Entscheidung davon abhängt, ob die Verfügung einer dritten, seiner Competenz nicht unterworfenen Person gültig ist, hierüber urtheilt und den Proceß, weil es jene Verfügung für ungültig hält, zu Gunsten des A. entscheidet. In jenem, wie in diesem Falle hängt die Entscheidung von der Gültigkeit eines Actes ab, über den zu erkennen das Gericht an sich unzuständig ist. Darüber aber, ob dieser Act für die Rechtsverhältnisse, welche den Gegenstand des zu seiner Competenz gehörigen Prozesses bilden, von Bedeutung ist, muß es urtheilen und sofern dies nur möglich ist,

indem es die Gültigkeit jenes Actes selbst prüft, muß es auch dies thun. Seine Entscheidung ist aber selbstverständlich nur für den von ihm entschiedenen Proceß maßgebend und für das Recht des Dritten resp. des Landesherrn unpräjudicirlich.

Um also die Verbindlichkeit aller landesherrlichen Verfügungen zu erweisen, genügt nicht die negative Behauptung, daß der Landesherr keinem Richter unterworfen sei, sondern es müßte zu dem Ende die positive Behauptung aufgestellt werden, daß der Landesherr selbst in der hier in Frage kommenden Beziehung der competente Richter sei und daß in jeder von ihm erlassenen Verfügung zugleich ein von ihm gesprochenes richterliches Urtheil über die Verfassungsmäßigkeit und Verbindlichkeit dieser Verfügung liege. Eine solche Behauptung aber — es ist uns zweifelhaft geblieben, ob Martin und Pape sie haben aufstellen wollen — würde weder in ihrem ersten, noch in ihrem zweiten Theile richtig sein. Es ist zunächst willkürlich, in jeder landesherrlichen Verfügung zugleich ein vom Landesherrn als Richter gesprochenes Urtheil über die Verfassungsmäßigkeit derselben zu finden. Er wird allerdings bei jeder von ihm zu erlassenden Verfügung prüfen, ob er dieselbe verfassungsmäßig erlassen darf, und wird sie nicht erlassen, wenn er diese Frage nicht bejahen kann. Aber diese Prüfung erfolgt — zunächst wenigstens — lediglich von dem Standpunkte seines subjectiven Rechts und nicht von objectiv richterlichem Standpunkte. Sie hat keinen anderen Charakter wie die, welche Jeder in Betreff der Rechtmäßigkeit seiner Handlungen vorzunehmen hat.

Um anzunehmen, daß der Landesherr zugleich anticipando von dem objectiven Standpunkte des Richters als solcher eine Entscheidung habe abgeben wollen, wäre eine ausdrückliche unzweideutige Erklärung dieser Absicht erforderlich. In dem

Erlasse der Verordnung selbst liegt eine solche Erklärung noch nicht.

Aber auch die erste Voraussetzung der gegnerischen Argumentation, daß der Landesherr selbst in Fragen dieser Art die richterliche Gewalt auszuüben befugt sei, ist falsch. Sie steht mit den beiden allgemein anerkannten Grundsätzen, daß Niemand Richter in eigener Sache sein kann und daß der Landesherr die richterliche Gewalt nicht selbst, sondern durch unabhängige, in seinem Namen Recht sprechende Gerichte ausübt, in Widerspruch. Wenn man die Schlüssigkeit des aus dem letzteren folgenden Arguments deßhalb bestreiten wollte, weil die Landesgerichte, wie oben schon hervorgehoben, nur für privatrechtliche Fragen und Strafsachen competent seien, so ist dagegen zu erwidern, daß aus dieser beschränkten Competenz der Landesgerichte nicht folgt, daß der Landesherr in den nicht zu ihrer Competenz gehörigen Sachen die Gerichtsbarkeit selbst auszuüben berechtigt ist, sondern daß es an einem dafür zuständigen Gerichte überhaupt fehlt.

Es giebt in den deutschen Staaten eine verhältnißmäßig große Menge von Rechtsfällen, für die es an einem zuständigen Richter fehlt. Es ist dies namentlich der Fall bei allen Verletzungen der öffentlichen Rechte (des Wahlrechts, Heimathsrechts u. s. w.). Auch für diese giebt es in den meisten Staaten feste gesetzliche Bestimmungen, durch welche die freie Regierungsthätigkeit in bestimmte Grenzen eingeschlossen ist, und die eine Entscheidung der Frage, ob diese Grenzen durch eine Verwaltungsverfügung überschritten sind, nach Grundsätzen des Rechts möglich machen. Nichtsdestoweniger fehlt es hier an einem gerichtlichen Schutze [17].

---

17) Der Grund liegt theils darin, daß die Entwickelung des öffentlichen Rechts hinter der des Privatrechts zurückgeblieben, theils darin, daß bis zur Auflösung des deutschen Reichs in Folge der privat-

Aber es würde offenbar eine petitio principii sein, daraus zu schließen, daß den Verwaltungsbehörden selbst in Fragen dieser Art die Gerichtsbarkeit zustehe. Und ebensowenig kann aus dem Mangel eines in Betreff der Verfassungsmäßigkeit der Regierungshandlungen des Landesherrn competenten Gerichts geschlossen werden, daß der Landesherr selbst in dieser Beziehung der competente Richter sei. Mit demselben Rechte würde man sonst auch behaupten müssen, daß Verfügungen des Landesherrn, wodurch er ein Gericht anwiese, einen Civil- oder Strafproceß in bestimmter Art zu entscheiden, trotz des Verbots der Cabinetsjustiz, verbindlich seien, wenigstens dann, wenn er dabei erklärte, daß die betr. Verfügung, wie er damit entscheide, sich innerhalb der Grenzen des ihm verfassungsmäßig zustehenden Oberaufsichtsrechts halte. Denn ein Gericht giebt es auch hier nicht, was darüber zu erkennen befugt wäre, ob der Landesherr durch eine solche Verfügung die Grenzen seines verfassungsmäßigen Oberaufsichtsrechts den Gerichten gegenüber überschritten habe, und müßte also, wenn in allen Fällen, wo es an einem Gerichte fehlt, der Landesherr selbst die richterliche Gewalt auszuüben hätte, auch hier dessen Entscheidung maßgebend und verbindlich sein. So wenig dies hier — wie allgemein anerkannt wird — der Fall ist, so wenig kann es auch für die von dem Landesherrn erlassenen Verfügungen allgemeiner Art angenommen werden. —

Wenn wir in dem Bisherigen die Ansicht bekämpft haben, daß der Landesherr durch die Publication eines Gesetzes oder einer Verordnung deren Verfassungsmäßigkeit feststelle, so muß doch andererseits anerkannt werden, daß das Zeug-

---

rechtlichen Natur, welche damals manche dieser Rechte angenommen hatten, und der Stellung der Reichsgerichte, welche auch in Betreff der Art der Ausübung der Landeshoheit competent waren, kein dringendes Bedürfniß der Abhülfe empfunden wurde.

niß des Landesherrn über Thatsachen volle beweisende Kraft hat und daß die Präsumtion der Legalität für alle Regierungshandlungen desselben spricht. Daraus folgt, daß, wenn er bei der Publication bezeugt hat, daß die ständische Zustimmung erfolgt sei, diese Thatsache dadurch bewiesen wird. Daraus folgt ferner, daß auch dann, wenn jene Bezeugung fehlt, die Verfügung aber ausdrücklich als Gesetz bezeichnet ist, vermuthet werden muß, daß die thatsächlichen Voraussetzungen, unter denen allein der Landesherr zum Erlasse des Gesetzes befugt war — namentlich also die Zustimmung der Stände — wirklich vorliege. In dem einen, wie in dem andern Falle fehlt es aber an inneren Gründen, um den Gegenbeweis auszuschließen. Und ebensowenig können wir die von Gerber[18]) vertheidigte Ansicht für richtig halten, daß das in der Publication einer Verordnung liegende „Zeugniß" des Landesherrn über deren Verfassungsmäßigkeit den Richter binde, sofern nicht die Verfassungswidrigkeit von den Ständen behauptet werde, oder aus „unzweifelhaften Rechtssätzen" erhelle. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer Verordnung hängt ausschließlich von der Beurtheilung der Rechtsfrage ab, ob die in der Verordnung enthaltenen Bestimmungen solcher Art sind, daß sie von dem Landesherrn ohne Zustimmung der Stände erlassen werden konnten. Durch die Publication der Verordnung wird daher kein Zeugniß über die Verfassungsmäßigkeit, sondern nur ein Urtheil über jene Rechtsfrage ausgesprochen. Die für die Regierungshandlungen des Landesherrn sprechende Präsumtion kann aber, wenn man sie auch noch so weit ausdehnt, nicht die Wirkung haben, daß ein solches Urtheil für richtig gehalten werden müßte. Von Präsumtionen kann nur die Rede sein, wo es sich um die Ermittelung ungewisser, nicht

18) Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts §. 49.

wo es sich um die rechtliche Beurtheilung unbestrittener Thatsachen handelt. Thatsachen können ungewiß sein; nur eine richtige rechtliche Beurtheilung derselben kann es aber geben und diese muß der Richter kennen. Die mögliche subjective Meinungsverschiedenheit darüber kann, eben weil sie nur subjectiv ist, nicht den objectiven Maßstab für eine verschiedene Behandlung der Fälle abgeben und es scheint uns daher principiell ebenso unrichtig, wie praktisch unausführbar, unsere Frage je nach der Zweifelhaftigkeit oder Unzweifelhaftigkeit des Falls verschieden zu beantworten.

§. 13.

Wir fassen das Resultat der bisherigen Untersuchung dahin zusammen:

1. Die Bestimmung der deutschen Verfassungen, nach welcher die Zustimmung der Stände zu allen Gesetzen oder zu Gesetzen bestimmter Art erforderlich ist, hat, sofern nicht eine **andere** Absicht der Verfassung erhellt, die Bedeutung, daß alle landesherrlichen Verfügungen, die sich ihrem Inhalte nach als Gesetze darstellen, unverbindlich sind, wenn und soweit die erforderliche ständische Zustimmung nicht Statt gefunden hat.

2. Particularrechtlich ist in mehreren deutschen Verfassungen das Gegentheil bestimmt und die Beobachtung der die ständische Zustimmung erfordernden Verfassungsvorschrift auf andere Art zu sichern versucht. Gemeinrechtlich läßt sich aber weder aus dem Gesammt-Charakter der deutschen Verfassungen, noch aus einzelnen Bestimmungen derselben nachweisen, daß ihnen eine von der sub 1 behaupteten abweichende Auffassung über die Bedeutung und die Consequen-

zen der die ständische Zustimmung erfordernden Verfassungsvorschrift zu Grunde liege.

Wir haben im Eingange der bisherigen Erörterung in Aussicht gestellt, daß sich aus derselben zugleich die Bedeutung und Begründung des in der ersten Resolution des Juristentages aufgestellten allgemeinen Grundsatzes, daß die Verbindlichkeit der Gesetze von ihrer verfassungsmäßigen Entstehung abhänge, ergeben werde.

Unsere ganze bisherige Beweisführung beruht auf dem Satze, daß die innere rechtliche Natur eines objectiven, im öffentlichen Interesse über die Entstehung der Gesetze gegebenen, Rechtssatzes mit Nothwendigkeit dahin führe, daß alle in Widerspruch damit erlassenen gesetzlichen Verfügungen nichtig seien, sofern nicht eine abweichende Absicht des Gesetzgebers klar erhellt. Eben dies ist aber der Sinn der gedachten ersten Resolution. Sie steht auf dem Boden des modernen Staatsrechts und hat daher Verfassungen vor Auge, die im öffentlichen Interesse feste Normen über die Art und Weise, wie die Staatsgewalt thätig werden soll, aufstellen. Nur an die Beobachtung solcher im öffentlichen Interesse über die Entstehung der Gesetze gegebenen Vorschriften denkt sie daher, wenn sie die verfassungsmäßige Entstehung der Gesetze als Bedingung ihrer Verbindlichkeit hinstellt. Und ebenso wird als selbstverständlich die Beschränkung hinzugedacht werden müssen, daß die Regel nur dann und nur insoweit zur Anwendung kommt, als nicht in Betreff einzelner Bestimmungen der gedachten Art besondere Umstände vorliegen, aus denen auf eine entgegengesetzte Absicht des Gesetzgebers geschlossen werden muß.

§. 14.

Wir wollen die Anwendung des in Frage stehenden Grundsatzes noch in Beziehung auf drei oft besprochene Fragen kurz erörtern.

1. Ist ein Gesetz deßhalb unverbindlich, weil es mit einem materiellen Verfassungsgrundsatze (grundrechtlichen Bestimmungen) in Widerspruch steht?

Man wird hier zwei Arten von Verfassungsvorschriften zu unterscheiden haben:

1) solche, welche Grundsätze für die künftige Gesetzgebung aufstellen (z. B. die Vorschrift, daß das Proceßverfahren nach den Grundsätzen der Oeffentlichkeit und Mündlichkeit geregelt werden solle);

2) solche, die wirkliche der unmittelbaren Anwendung fähige und dazu bestimmte Rechtssätze aufstellen. Dahin gehört z. B. die Vorschrift, daß die Censur unstatthaft sei, daß das Recht der freien Religionsübung garantirt werde [19]).

Beide Arten enthalten Bestimmungen über den Inhalt des Rechts und betreffen nicht die Art und Weise der Entstehung desselben. Direkt kann daher der Grundsatz, daß die Verbindlichkeit der Gesetze von ihrer verfassungsmäßigen Entstehung abhänge, auf sie keine Anwendung finden. Indirekt aber kann er in Beziehung auf die sub 2 erwähnten Bestimmungen doch von Bedeutung werden.

Wenn nämlich eine Verfassung besondere Vorschriften über

---

19) Ob eine Verfassungsbestimmung zu den Vorschriften der ersten oder zweiten Classe gehört, kann im einzelnen Falle zweifelhaft sein. Die Bestimmung z. B., daß die Unterthanen das Recht der freien Religionsübung haben sollen, kann sowohl die eine wie die andere Bedeutung haben. Die aus den Umständen zu entnehmende Absicht der Verfassung muß darüber entscheiden.

das bei Abänderungen derselben zu beobachtende Verfahren enthält, z. B. daß solche nur geschehen können, wenn die Stände auf zwei hinter einander folgenden Landtagen oder mit Zweidrittel-Majorität ihre Zustimmung dazu ertheilt haben, so sind dies Vorschriften, welche unzweifelhaft unter unsern Grundsatz fallen, und ein die Verfassung abänderndes Gesetz ist daher nur dann verbindlich, wenn es auf dem durch sie vorgeschriebenen Wege zu Stande gekommen ist. Wenn nun Rechtssätze der oben gedachten Art in die Verfassung aufgenommen sind, so sind sie dadurch unter den Schutz jener besonderen, für Aenderung der Verfassung gegebenen Vorschriften gestellt und können nur auf dem hierfür vorgeschriebenen Wege aufgehoben oder modificirt werden. Die Verbindlichkeit eines Gesetzes, bei welchem die besonderen für Aenderung der Verfassung gegebenen Vorschriften nicht beobachtet sind, hängt also, weil die in die Verfassung aufgenommenen Rechtssätze der gedachten Art dadurch nicht aufgehoben werden können, davon ab, ob sein Inhalt mit denselben nicht in Widerspruch steht, und ist unverbindlich, soweit dies der Fall ist.

Es könnte scheinen, als ob dasselbe auch in Beziehung auf die oben sub 1 erwähnten Verfassungsbestimmungen, welche allgemeine Grundsätze für die Gesetzgebung aufstellen, der Fall sein müßte. Dies ist indessen nicht so. Ein mit einem wirklichen Rechtssatze der Verfassung in Widerspruch stehendes Gesetz der fraglichen Art würde, wenn es verbindlich wäre, diesen Rechtssatz aufheben; dazu fehlt ihm die Kraft, und deßhalb ist es unverbindlich. Ein Gesetz dagegen, das mit einem von der Verfassung als Richtschnur für die Gesetzgebung aufgestellten Grundsatze in Widerspruch steht, hebt diesen Grundsatz nicht auf, sondern führt ihn nur nicht aus. Die Verfassungsvorschrift, welche jenen Grundsatz aufstellt, behält, auch wenn das damit in Widerspruch stehende Gesetz

in Kraft tritt, diejenige Geltung, welche ihr nach der Absicht der Verfassung allein zukommen sollte und die darin besteht, daß die Factoren der gesetzgebenden Gewalt dadurch verpflichtet werden, die Gesetzgebung seinem Inhalte gemäß umzugestalten. Sie will die Verhältnisse, auf die sie sich bezieht, nicht unmittelbar als Rechtsnorm beherrschen und kann dies daher auch nicht dadurch thun, daß sie einer zu solcher unmittelbaren Beherrschung bestimmten Rechtsnorm die rechtliche Wirkung entzöge. Nur dann würde das Verhältniß ein anderes sein, wenn man in einer Verfassungsvorschrift der fraglichen Art zugleich den zur unmittelbaren Anwendung bestimmten Rechtssatz ausgesprochen finden könnte, daß alle Rechtsnormen, die mit den durch sie sanctionirten Grundsätzen in Widerspruch stehen, keine verbindliche Kraft haben sollen. Eine solche Absicht würde aber nur dann angenommen werden können, wenn in der fraglichen Verfassungsvorschrift zugleich die Aufhebung aller bis dahin bestandenen mit den von ihr aufgestellten Grundsätzen in Widerspruch stehenden Rechtsnormen ausgesprochen läge, mit anderen Worten also, wenn sie nicht bloß Grundsätze für die künftige Gesetzgebung, sondern wirkliche Rechtssätze aufstellte.

Die aufgestellte Frage ist also dahin zu beantworten, daß ein mit einem materiellen Verfassungsgrundsatze in Widerspruch stehendes Gesetz nur dann unverbindlich ist, wenn der betr. Grundsatz sich als ein wirklicher zur unmittelbaren Anwendung bestimmter Rechtssatz darstellt, und das Gesetz nicht auf dem für Verfassungsänderungen vorgeschriebenen Wege entstanden ist.

---

2. Welches sind die Bedingungen für die Verbindlichkeit der sogenannten Nothgesetze?

Da wir für gewöhnliche Gesetze als Regel den Grundsatz aufgestellt haben, daß ihre Verbindlichkeit (im Zweifel)

von der Beobachtung der über die Mitwirkung der Stände gegebenen, also einer materiellen, die Art ihrer Entstehung betreffenden Vorschrift abhänge, so könnte es scheinen, als verlange die Consequenz dieser Ansicht, daß wir auch für die Verbindlichkeit der Nothgesetze das Vorhandensein der materiellen, ihre Zulässigkeit bedingenden Voraussetzungen fordern müßten.

Diese Folgerung unterliegt indessen erheblichen Bedenken. Die Beantwortung der Frage, ob das Wohl und die Sicherheit des Staats die Erlassung gesetzlicher Bestimmungen so dringend erfordert, daß ein Aufschub derselben bis zum Zusammentritt der Stände unthunlich ist — und dies ist ja die Voraussetzung, von welcher in den meisten Verfassungen die Befugniß der Regierung zur Erlassung von Nothgesetzen abhängig gemacht ist — hängt von der genauen Kenntniß der staatlichen Zustände und der ihnen drohenden Gefahren, von der richtigen Beurtheilung der sich hieraus ergebenden Lage und der zur Abwendung der Gefahren geeigneten und erforderlichen Mittel ab. Jene Kenntniß sich zu verschaffen, namentlich die Thatsachen zu ermitteln, welche dem Staatswohle Gefahr drohen, ist oft nur die Regierung im Stande, und die richtige Beurtheilnng derselben kann nicht nach juristischen Regeln erfolgen, sondern ist recht eigentlich Sache der staatsmännischen Begabung. Es wäre daher widersinnig, die Gerichte über diese Frage urtheilen zu lassen. Sie würden in manchen Fällen gänzlich außer Stande sein, sich die genaue und erschöpfende Kenntniß der in Frage kommenden Thatsachen zu verschaffen; und bei der Beurtheilung derselben geriethen sie auf das ihrem Berufe ganz fremde Gebiet des Politikers und Staatsmanns.

Damit aber nicht genug. Wenn die Verbindlichkeit der Nothgesetze von dem wirklichen Vorhandensein der materiellen, die Regierung zu ihrem Erlasse berechtigenden Voraussetzungen

abhängt, so wird nicht bloß den Gerichten, sondern allen Unterthanen, deren Verhältnisse durch das Nothgesetz berührt werden, zugemuthet, sich ein richtiges Urtheil über jene Frage zu bilden. Wir erinnern an das, was wir oben über die Stellung der Unterthanen zu der Frage, von welchen Voraussetzungen die Verbindlichkeit eines Gesetzes abhängt, gesagt haben. Wenn ein Nothgesetz eine Handlung gebietet, die bisher verboten war, oder umgekehrt, so muß, wenn seine Verbindlichkeit davon abhängt, ob wirklich das Staatswohl die Erlassung so dringend erforderte, daß der Zusammentritt der Stände nicht abgewartet werden konnte, jeder einzelne durch die Bestimmungen des Gesetzes Betroffene auf seine Verantwortung diese Frage prüfen und entscheiden. Bejaht er sie, so muß er das Nothgesetz befolgen, verneint er sie, so darf er es nicht. Irrt er sich in der Beantwortung, so verletzt er in dem einen Falle das durch das unverbindliche Nothgesetz nicht aufgehobene ältere Recht, in dem anderrn Falle das dadurch geschaffene neue Recht. Die einzelnen Unterthanen sind aber durchschnittlich noch viel weniger in der Lage, diese Frage mit Sicherheit richtig beurtheilen zu können, als die Gerichte. Dem Wesen des Rechts aber, das fest und sicher sein soll, widerspricht es, daß seine Existenz von der Beurtheilung einer Frage abhängt, welche die dabei Interessirten mit Sicherheit zu beantworten außer Stande sind und bei der sehr häufig ein mehr oder weniger freies, von subjectiven Anschauungen abhängiges Ermessen die letzte Entscheidung abgeben muß. Eine unerträgliche Rechtsunsicherheit würde aus einem solchen Zustande hervorgehen, und diese würde den ganzen Zweck der Bestimmungen über Nothgesetze, welche der Regierung die Möglichkeit gewähren soll, rasche und wirksame Maßregeln im Falle der gefährdeten Staatssicherheit zu treffen, vereiteln.

Der Unterschied dieses Falls von dem der regelmäßigen

Gesetzgebung ist nicht wohl zu verkennen. Bei dieser handelt es sich um die Vorschriften über die Art und Weise, wie bei der Entstehung eines Gesetzes verfahren werden, welche Factoren dabei mitwirken sollen; bei jener um die Voraussetzungen, unter welchen die Regierung ausnahmsweise allein ein Gesetz erlassen kann. Bei der Frage, ob die Vorschriften der erstgedachten Art beobachtet sind, handelt es sich um bestimmte einzelne objectiv feststellbare Thatsachen und deren rechtliche Beurtheilung; bei den Nothgesetzen dagegen ist es ein nach politischen und staatsmännischen Gesichtspunkten zu bildendes Urtheil über die gesammte Lage des Staats, wovon die Befugniß der Regierung abhängt.

Diese Erwägungen machen es wahrscheinlich, daß die Absicht der betreffenden Bestimmungen nur dahin geht, der Regierung, wenn nach ihrem Urtheile über die Lage des Staats dessen Sicherheit die sofortige Erlassung von gesetzlichen Bestimmungen gebietet, das Recht hierzu zu geben. Der Wortlaut spricht zwar nicht für diese Auslegung, gestattet sie aber. Der Schutz gegen den nach ihr allerdings leicht möglichen Mißbrauch liegt einestheils in der Verantwortlichkeit der Minister, anderentheils in dem nur provisorischen Charakter solcher Nothgesetze (nur bis zum Zusammentritt der nächsten Stände) und endlich darin, daß die Verfassung selbst und das Wahlgesetz, also diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, bei deren Fortbestande ein dauernder Mißbrauch nicht möglich ist, durch Nothgesetze nicht aufgehoben oder geändert werden können.

---

3. Welche Folgen hat es, wenn bei der Wahl einzelner Mitglieder der Stände, welche an einem Beschlusse Theil genommen haben, durch den die Zustimmung zu einem Gesetze gegeben ist, die Vorschriften des Wahlgesetzes nicht beob-

achtet worden, oder wenn der Beschluß nicht auf die durch die Geschäftsordnung vorgeschriebene Weise gefaßt ist?

Der Juristentag hat sich hierüber nicht ausdrücklich ausgesprochen; in den Verhandlungen ist aber allseitig anerkannt, daß die Verbindlichkeit eines Gesetzes durch Verstöße der gedachten Art nicht beeinträchtigt werde.

Es kann dies auffallend erscheinen, denn an und für sich können Vorschriften des Wahlgesetzes wie der Geschäftsordnung von der hier fraglichen Art ebenso gut den Charakter von Rechtssätzen haben, welche im öffentlichen Interesse das Entstehen ständischer Beschlüsse und mittelbar also die Entstehung der Gesetze regeln, wie die Verfassungsbestimmung über die Nothwendigkeit der ständischen Zustimmung selbst. Wir glauben indessen, daß die obige Auffassung des Juristentages doch die richtigere ist. Es läßt sich nämlich, wie wir glauben, nachweisen, daß die deutschen Verfassungen übereinstimmend die hier in Frage stehenden Bestimmungen in der Art behandeln, daß theils die Wahlcorporationen, theils die Stände, theils der Präsident derselben darüber entscheiden, ob sie in genügender Weise beobachtet sind, ob also namentlich die einzelnen Mitglieder der Stände legitimirt und die Beschlüsse den Vorschriften der Geschäftsordnung gemäß gefaßt sind. Und diese Entscheidung wird als eine endgültige, unanfechtbare behandelt, durch welche wie durch ein rechtskräftiges richterliches Urtheil die betreffende Frage definitiv und nach allen Seiten hin festgestellt wird.

Wir müssen uns auf diese Andeutung unserer Ansicht beschränken, da eine nähere Begründung derselben ein specielles Eingehen auf die einzelnen Bestimmungen der Wahlgesetze und Geschäftsordnungen erfordern würde. Nur das wollen wir noch hervorheben, daß diese Auffassung nicht dahin führen kann, die verfassungsmäßig erforderliche Zustimmnng der Stände

zu einem Gesetze auch dann als vorhanden anzunehmen, wenn dieselbe von einer Ständeversammlung ertheilt ist, die nicht auf Grund des zu Recht bestehenden, sondern eines unverbindlichen Wahlgesetzes gewählt ist. Die auf Grund des zu Recht bestehenden Wahlgesetzes zusammengetretene Ständeversammlung kann durch ihre Entscheidung feststellen, ob die einzelnen Bestimmungen des Wahlgesetzes wie der Geschäftsordnung beobachtet sind und ob der Beschluß, wodurch die Zustimmung zu einem Gesetze ertheilt wird, auf gültige Weise zu Stande gekommen ist. Nicht aber kann eine beliebige, nur den Namen „Stände" tragende Versammlung — und das ist der rechtliche Charakter einer auf Grund eines unverbindlichen Wahlgesetzes gewählten Ständeversammlung — sich durch ihren Beschluß zur wirklichen Ständeversammlung machen.

§. 15.

Unsere bisherige Erörterung hat sich ausschließlich mit der Frage, was geltendes gemeines Recht sei, beschäftigt. Wir wollen nun noch in kurzen Umrissen unsere Ansicht über die Zweckmäßigkeit des bestehenden Rechtszustandes und die in der dritten und vierten Resolution des Mainzer Juristentages [20]) gemachten Vorschläge darlegen.

---

20) Sie lauten:

3. Dringend ist zu wünschen, daß, sofern Zweifel über diese (sc. der Stände) Zustimmung entstehen, endgültig ein unabhängiger Cassationshof auf Antrag eines bei einem Processe Betheiligten oder der Staatsbehörde über die Frage Nr. 2 (ob der Inhalt eines Gesetzes die Zustimmung der Stände erlangt habe) entscheide.

4. Werden Verfassung und Wahlgesetz durch einen Act der Staatsregierung einseitig geändert und auf Grund dieser Aenderungen mit Zustimmung der hiernach zusammengesetzten Stände Gesetze erlassen, so sollte jeder Betheiligte das Recht haben, gegen solche Ge-

Der Standpunkt, von welchem wir dabei ausgehen, ist im Wesentlichen folgender:

An ein gutes Gesetz, wie an das Recht überhaupt sind nicht bloß materielle, sondern auch formelle Anforderungen zu stellen, und die letzteren sind kaum weniger wichtig, als die ersteren. Die Rechtssätze müssen nicht nur gerecht sein und den materiellen Bedürfnissen des Lebens entsprechen, sondern sie müssen sich auch leicht und rasch, gleichmäßig und sicher im Leben anwenden lassen. Diese Rücksicht auf die Technik des Rechts[21]) kann und muß unter Umständen den Gesetzgeber veranlassen, die einfache und strenge logische Consequenz seines Gedankens als praktisch unausführbar aufzugeben und sie durch Bestimmungen zu ersetzen, die seinen Zweck vielleicht unvollkommener und nur auf indirektem Wege erfüllen, aber dafür leicht und sicher angewandt werden können.

In unserem Falle wird also zu erwägen sein, ob der Grundsatz, daß die Verbindlichkeit aller Gesetze und Verordnungen von der Beobachtung der über ihre Entstehung gegebenen Vorschriften abhängig sei, an den hervorgehobenen Mängeln leidet und ob, falls diese Frage zu bejahen sein sollte, Bestimmungen getroffen werden können, welche jene Mängel beseitigen, ohne doch den Zweck der über die Entstehung der Gesetze gegebenen Vorschriften zu gefährden.

---

setze ein unabhängiges Reichsgericht anzugehen, welches über die Anwendbarkeit der betr. Gesetze zu entscheiden hat.

21) Eingehende und vortreffliche Erörterungen über dies wichtige Thema finden sich bei Ihering, Geist des römischen Rechts Th. II. §. 38 ff. und Th. III. §. 55 ff.; speciell über unsere Frage Th. III. S. 213 ff. Ihering's Aeußerungen auf dem Mainzer Juristentage scheint Martin mißverstanden zu haben; sie finden ihre nähere Erläuterung und Begründung in den oben citirten Abschnitten des Ihering'schen Werkes.

Eine der ersten Anforderungen, welche von dem hervorgehobenen Standpunkte aus an die Vorschriften einer Verfassung über die Bedingungen, von welchen die Verbindlichkeit der Gesetze und Verordnungen abhängt, gestellt werden muß, besteht darin, daß die Frage, ob jene Bedingungen im einzelnen Falle vorliegen, sicher und ohne Schwierigkeit beantwortet werden kann. Es kommt dabei, wie wir schon mehrfach hervorgehoben haben, nicht allein darauf an, daß die Gerichte diese Frage beantworten können, sondern jeder Einzelne muß dazu im Stande sein. Denn wenn Jeder sein Thun und Lassen nach dem Rechte, als der äußern Norm für das Zusammenleben der Menschen, einrichten soll, so muß dasselbe auch Jedem ohne Schwierigkeit erkennbar sein. Die Frage nach dem Vorhandensein jener Bedingungen ist theils Thats-, theils Rechtsfrage. Unumgänglich erforderlich ist, daß die Ermittlung der Thatsachen, von denen die Verbindlichkeit einer gesetzlichen Bestimmung abhängt, in leichter und sicherer Art erfolgen kann [22]). Wenn nun unser Grundsatz die Beobachtung aller derjenigen Vorschriften als Bedingung der Verbindlichkeit erheischt, welche die neuern Verfassungen für die Entstehung der Gesetze geben, so wird dieser Forderung nicht genügt. Rücksichtlich der Vorschriften über die Wahl zu den Ständen und über die Art und Weise der Verhandlungen in denselben wird

---

22) In Betreff des Gewohnheitsrechts läßt sich nach der Natur desselben eine solche Forderung nicht stellen. Für Diejenigen, welche außerhalb des Kreises stehen, in welchem es entstanden ist und gilt, wird seine Ermittelung immer mit mehr oder weniger großen Schwierigkeiten verbunden sein. Es hat dies aber deshalb weniger Bedenken, weil Diejenigen, welche an der Existenz eines solchen Gewohnheitsrechts ein Interesse haben, regelmäßig selbst zu dem Kreise, in welchem es durch die auf der opinio necessitatis beruhende Uebung der Betheiligten entstanden ist, gehören und es daher aus eigener Lebenserfahrung kennen werden.

dies allgemein zugestanden, und man ist darüber einig, daß die Verbindlichkeit der Gesetze nicht direct von der Beobachtung jener Vorschriften abhängen, vielmehr nur erfordert werden darf, daß dieselbe durch Beschluß der Stände constatirt sei. Aber auch die Thatsache, daß die ständische Zustimmung schließlich wirklich Statt gefunden hat, ist eine solche, die unmittelbar und aus den ständischen Verhandlungen, mittelbar aus den ständischen Protokollen und Actenstücken erkennbar ist. Kann man dem Einzelnen zumuthen, diese Verhandlungen bei jedem Gesetze durchzuforschen und sich aus ihnen zu vergewissern, ob die ständische Zustimmung erfolgt ist? Mindestens müssen denn doch jene Protokolle und Aktenstücke in officieller Weise (ebenso wie die Gesetze selbst) publicirt und ihnen unbedingter öffentlicher Glaube gewährt werden. Es liegt nahe, noch einen Schritt weiter zu gehen und statt der ganzen ständischen Actenstücke den wesentlichen Inhalt derselben neben den Gesetzen in der Gesetzsammlung zur allgemeinen Kunde zu bringen. Dies würde, wie es auf den ersten Blick scheint und auch von Martin hervorgehoben wird, am einfachsten in der Art geschehen können, daß die Stände selbst resp. ihre verfassungsmäßigen Organe (die Präsidenten oder ein ständischer Ausschuß) bei jedem Gesetze die erfolgte ständische Genehmigung auf Grund ihrer amtlichen Kenntniß bezeugten. Daß dieser Weg in Deutschland nirgends eingeschlagen worden, ist Folge der geschichtlich gegebenen Stellung des Landesherrn. Den Unterthanen gegenüber sind sie die alleinigen Vertreter der Staatsgewalt, die Stände stehen nur mit der Regierung und nur durch Vermittlung dieser, nicht direct, mit den Unterthanen in officiellem Verkehr. Darum ist die Bezeugung der wirklich erfolgten ständischen Zustimmung dem Lande gegenüber allenthalben nicht Sache der Stände, sondern des Landesherrn. Ob genügende rationelle Gründe vorliegen, dies Verhältniß

beizubehalten und ob die dagegen obwaltenden Bedenken durch das Erforderniß einer Contrasignatur der auch den Ständen verantwortlichen Minister beseitigt werden, soll hier nicht weiter untersucht werden. Wie man hierüber auch denken mag, das Bedürfniß, daß auf irgend einem Wege durch ein öffentliches, vollen Beweis lieferndes Zeugniß die Thatsache der erfolgten Zustimmung der Stände festgestellt und dadurch jedem Unterthan die Möglichkeit gewährt werde, sich über die Verbindlichkeit eines Gesetzes Gewißheit zu verschaffen, ist wohl nicht zu verkennen. Dabei wird allerdings die Möglichkeit gegeben werden müssen, die Richtigkeit eines solchen Zeugnisses anzufechten, aber es darf dies nicht in der Art geschehen, daß Jedem der Gegenbeweis gestattet wird und dessen Gelingen die Unverbindlichkeit des Gesetzes für ihn zur Folge hat. Dadurch würde der Zweck der ganzen Bestimmung, die Thatsachen, von welchen die Verbindlichkeit eines Gesetzes abhängt, in einer für Jeden erkennbaren sichern Weise zu constatiren und dadurch die Gefahr, der Rechtsunsicherheit zu begegnen, offenbar vereitelt werden. Jene Anfechtung kann daher nur in solcher Art gestattet werden, daß bei dem Gelingen des Gegenbeweises das Gesetz wieder aufgehoben wird. Bis dahin muß es verbindlich sein und darf der spätern Aufhebung eine rückwirkende Kraft nicht beigelegt werden. — Wird aber nicht durch Bestimmungen solcher Art der Zweck der die ständische Mitwirkung erfordernden Verfassungsvorschrift in bedenklicher Weise gefährdet? Möglich wird es dadurch allerdings, daß ein Gesetz, welchem die Zustimmung der Stände fehlt, welches nach der Absicht der Verfassung also nicht Gesetz werden sollte, doch verbindlich wird; denn das Zeugniß kann aus Absicht oder Irrthum falsch gegeben sein. Die Natur der Sache aber wie die Erfahrung lehren, daß diese Gefahr eine sehr geringe ist. Daß der Landesherr absichtlich ein fal-

sches Zeugniß jener Art ausstellen sollte, ist fast undenkbar und ein Irrthum wird ebenfalls kaum anders als in Beziehung auf einzelne mehr oder weniger unwesentliche Bestimmungen eines Gesetzes, bei dem im Uebrigen die Zustimmung der Stände wirklich stattgefunden hat, möglich sein. Dabei setzen wir freilich voraus, daß die Bezeugung der ständischen Zustimmung in solcher Art geschehen muß, daß daraus erhellt, daß die verfassungsmäßigen Stände sie ertheilt haben. Denn könnte ein Gesetz, zu welchem eine Ständeversammlung ihre Zustimmung ertheilt hat, die auf Grund eines unverbindlichen Wahlgesetzes gewählt ist, die also nur dem Namen nach, nicht in Wirklichkeit die Ständeversammlung des Landes ist, durch Bezugnahme auf diese Zustimmung verbindlich werden, so würde darin allerdings, wie die Erfahrung beweist, eine erhebliche Gefahr liegen. Wird dem aber durch die Vorschrift einer bestimmten, auf die rechtmäßige Verfassung und das rechtmäßige Wahlgesetz Bezug nehmende Fassung [23]) des Zeugnisses vorgebeugt, so ist die Gefahr in der That so wenig erheblich und läßt sich durch zweckmäßige Vorschriften über Anfechtung verfassungswidriger Gesetze (siehe unten) auf ein solches Minimum reduciren, daß sie im Vergleich zu den aus jenen Bestimmungen für die Rechtssicherheit entspringenden Vortheilen nicht in Betracht kommen dürfte.

Anders liegt die Sache, wenn es sich nicht um die Frage, ob die ständische Zustimmung Statt gefunden hat, sondern darum, ob sie erforderlich gewesen, handelt.

Nach Martin soll auch hier die Erklärung des Landesherrn entscheidend sein. Das ist wenigstens das practische

---

23) z. B. unter Zustimmung der auf Grund der Verfassung und des Wahlgesetzes vom . . . . . berufenen Stände.

Resultat seiner Ansicht, nach welcher jede landesherrliche Verfügung, auch wenn sie ihrem Inhalte nach der ständischen Zustimmung bedurft hätte, verbindlich ist, wenn der Landesherr sie als „Verordnung" bezeichnet hat. Mit dieser Ansicht können wir uns nicht einverstanden erklären. Die Frage, um die es sich hier handelt, ist eine reine Rechtsfrage. Ihre Entscheidung hängt lediglich von der richtigen Interpellation der betreffenden Verfassungsbestimmungen und der richtigen Anwendung derselben auf die in Frage stehende Verfügung ab. Die eine wie die andere kann unter Umständen zweifelhaft sein. Wenn man aber diesen Zweifel dadurch abschneiden will, daß man die Entscheidung darüber dem Landesherrn überläßt, so erzeugt man Gefahren, welche größer sind als diejenigen, welche man zu beseitigen beabsichtigt. Zweifelhafte Rechtsfragen der Art, wie die hier in Frage stehende, kommen auf dem Gebiet des Civil- wie des Strafrechts vielfach vor. Hier wie dort giebt es Rechtssätze, deren Sinn zweifelhaft und bestritten ist, aber man überläßt die Lösung der Zweifel unbedenklich der Wissenschaft und für den einzelnen Fall der richterlichen Entscheidung. Im Nothfalle tritt authentische Interpretation ein, die nach bekannten Grundsätzen nicht von dem Landesherrn allein, sondern auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgten. Noch häufiger ist die Anwendung der Rechtssätze auf den einzelnen concreten Fall zweifelhaft. Aber auch hier fällt nur der Wissenschaft und dem richterlichen Spruche die Aufgabe zu, die Zweifel zu lösen, und nie hat man es für nöthig oder zweckmäßig gehalten, sie durch den Landesherrn entscheiden zu lassen. In dem einen wie dem andern Falle kann der Einzelne, für dessen Verhältnisse ein seinem Inhalte oder seiner Anwendbarkeit nach zweifelhafter Rechtssatz von Bedeutung ist, in eine mißliche Lage gerathen. Ein äußerliches, sicher erkennbares Zeichen, welche Auffassung der zweifel-

haften Frage die richtige sei, kann ihm nicht gegeben werden. Auf seine eigene Gefahr und Verantwortung muß er sich eine Ansicht bilden, und erst nachträglich kann die richterliche Entscheidung feststellen, ob es die richtige gewesen. Wenn bei den Römern in solchen Fällen Anfragen an den Kaiser vorkamen und dessen Antwort die Zweifel entschied, so hat man in Deutschland ein solches Auskunftsmittel nie gut geheißen. Man hat hier erkannt, daß die Möglichkeit, auf solchem Wege einen Zweifel abzuschneiden, viel zu theuer durch die daraus für die Rechtssicherheit und unparteiische Rechtspflege entstehenden Gefahren erkauft werde und man hat deshalb, wo ein solches Verfahren eingeschlagen worden, dasselbe mit Recht als Cabinetsjustiz für verwerflich erklärt. Und eben dies Verfahren wird für unsern Fall empfohlen, soll in ihm die gesetzliche Regel bilden! Denn die Verbindlichkeit einer Verordnung lediglich von der Publication derselben durch den Landesherrn abhängig machen, heißt nichts Anderes, als diesem die Entscheidung der Rechtsfrage, ob die Genehmigung der Stände dazu nöthig gewesen sei, zu überlassen, heißt nichts Anderes, als für diesen Fall die Cabinetsjustiz sanctioniren. Man sagt zwar dagegen, die landesherrliche Verfügung entscheide in jenen Fällen einen einzelnen gegenwärtigen Streit unter Privatpersonen, treffe in diesem dagegen allgemeine Bestimmungen für die Zukunft. Dieser Unterschied ist indessen nur ein scheinbarer, denn es handelt sich für unsere Frage nicht um den materiellen Inhalt der landesherrlichen Verfügung, sondern darum, ob der Landesherr eine Verfügung dieses Inhalts ohne Zustimmung der Stände erlassen konnte oder nicht, und diese Frage ist eine ebenso bestimmte concrete Rechtsfrage, wie die irgend eines Rechtsstreits unter Privatpersonen.

Richtig ist zwar, daß in dieser Frage zugleich die Frage nach der Verbindlichkeit der betreffenden Verordnung als ob-

jective Rechtsnorm enthalten ist, und daß die Unmöglichkeit, sie zu einer allgemein bindenden Entscheidung zu bringen, eine Unsicherheit des Rechts zur Folge hat. Wir verkennen auch nicht, daß diese Rechtsunsicherheit dadurch einen besonders gefährlichen Charakter annehmen kann, daß das letzte Mittel, durch welches sonst streitige Rechtsfragen entschieden werden können, das der authentischen Interpretation, in unserm Falle regelmäßig versagen wird, weil die bestrittene Rechtsfrage hier meistens zugleich eine Streitfrage zwischen den beiden Factoren, die bei der authentischen Interpretation mitzuwirken haben, der Regierung und den Ständen, sein wird. Man wird daher m. E. allerdings auf einen Ersatz hierfür bedacht sein müssen, aber man darf ihn nicht in der Ueberlassung der Entscheidung an den Landesherrn suchen, denn dadurch würde man nur das eine Uebel durch ein anderes größeres ersetzen. Die allgemeinen Gründe, welche gegen die einseitige Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch den Landesherrn sprechen, fallen bei der großen Bedeutung, welche unsere Frage für das ganze Staatsleben hat, doppelt schwer in's Gewicht. Und es tritt noch hinzu, daß der Landesherr, während er bei Rechtsstreitigkeiten unter Privaten regelmäßig kein eigenes Interesse hat, in unserm Fall über den Umfang seines eigenen Rechts zu entscheiden haben, also Partei und Richter in einer Person sein würde.

Die aus einem solchen Zustand entspringenden Gefahren können zwar dadurch wesentlich gemildert werden, daß den Ständen oder jedem Betheiligten das Recht eingeräumt wird, die Entscheidung eines unparteiischen höchsten Gerichtshofes anzurufen und durch diesen über das Bestehen oder die Wiederaufhebung der Verordnung endgültig entscheiden zu lassen, aber vollständige Abhülfe wird dadurch nicht erreicht. Wenn der Landesherr in einem Rechtshandel eine Entscheidung abgiebt,

die zwar nur provisorisch gelten soll, aber doch sofort in Kraft tritt und den Besitzstand ändert, so liegt darin nicht weniger eine verwerfliche Cabinetsjustiz, als wenn die Entscheidung eine definitive wäre. Im Wesentlichen dasselbe Verhältniß findet Statt, wenn den Ständen zwar die Möglichkett offen gelassen wird, die Zurücknahme einer verfassungswidrig ohne ihre Zustimmung erlassenen Verordnung im Wege eines gerichtlichen Verfahrens zu erwirken, die Verordnung aber bis dahin als verbindliche Rechtsnorm von Allen anerkannt werden muß. Die Verfassung, indem sie vorschreibt, daß Bestimmungen eines gewissen Inhalts nur unter Zustimmung der Stände sollen getroffen werden können, will, daß solche Bestimmungen ohne diese Zustimmung nicht zur verbindlichen Rechtsnorm werden können. Diese Absicht wird vereitelt, wenn der Landesherr ihnen dadurch, daß er sie durch eine Verfügung trifft, welche er Verordnung nennt, verbindliche Kraft, wenn auch nur vorübergehend verleihen kann. Dasselbe geschieht zwar auch dann, wenn er unrichtiger Weise die ständische Zustimmung als erfolgt bezeichnet und wir haben für diesen Fall doch zugegeben, daß es zweckmäßig sein möge, einer mit diesem Zeugnisse versehenen landesherrlichen Verfügung unbedingt verbindliche Kraft beizulegen. Aber einerseits wird ein unrichtiges Zeugniß über die Zustimmung der Stände, wie die Natur der Sache und Erfahrung zeigen, viel seltener vorkommen, wie der Erlaß einer der Zustimmung der Stände bedürfenden Verordnung, ohne dieselbe, und andererseits haben wir jenes Zugeständniß nur deßhalb und nur insoweit gemacht, als nur dadurch der Forderung entsprochen werden kann, daß die *thatsächlichen* Voraussetzungen, von denen das Inslebentreten eines neuen Rechtssatzes abhängt, für Jeden leicht erkennbar sein müssen. Die Rücksicht auf die Technik des Rechts erforderte hier eine Vereinfachung des Thatbestandes, sie erfordert aber *nicht*,

jective Rechtsnorm enthalten ist, und daß die Unmöglichkeit, sie zu einer allgemein bindenden Entscheidung zu bringen, eine Unsicherheit des Rechts zur Folge hat. Wir verkennen auch nicht, daß diese Rechtsunsicherheit dadurch einen besonders gefährlichen Charakter annehmen kann, daß das letzte Mittel, durch welches sonst streitige Rechtsfragen entschieden werden können, das der authentischen Interpretation, in unserm Falle regelmäßig versagen wird, weil die bestrittene Rechtsfrage hier meistens zugleich eine Streitfrage zwischen den beiden Factoren, die bei der authentischen Interpretation mitzuwirken haben, der Regierung und den Ständen, sein wird. Man wird daher m. E. allerdings auf einen Ersatz hierfür bedacht sein müssen, aber man darf ihn nicht in der Ueberlassung der Entscheidung an den Landesherrn suchen, denn dadurch würde man nur das eine Uebel durch ein anderes größeres ersetzen. Die allgemeinen Gründe, welche gegen die einseitige Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch den Landesherrn sprechen, fallen bei der großen Bedeutung, welche unsere Frage für das ganze Staatsleben hat, doppelt schwer in's Gewicht. Und es tritt noch hinzu, daß der Landesherr, während er bei Rechtsstreitigkeiten unter Privaten regelmäßig kein eigenes Interesse hat, in unserm Fall über den Umfang seines eigenen Rechts zu entscheiden haben, also Partei und Richter in einer Person sein würde.

Die aus einem solchen Zustand entspringenden Gefahren können zwar dadurch wesentlich gemildert werden, daß den Ständen oder jedem Betheiligten das Recht eingeräumt wird, die Entscheidung eines unparteiischen höchsten Gerichtshofes anzurufen und durch diesen über das Bestehen oder die Wiederaufhebung der Verordnung endgültig entscheiden zu lassen, aber vollständige Abhülfe wird dadurch nicht erreicht. Wenn der Landesherr in einem Rechtshandel eine Entscheidung abgiebt,

die zwar nur provisorisch gelten soll, aber doch sofort in Kraft tritt und den Besitzstand ändert, so liegt darin nicht weniger eine verwerfliche Cabinetsjustiz, als wenn die Entscheidung eine definitive wäre. Im Wesentlichen dasselbe Verhältniß findet Statt, wenn den Ständen zwar die Möglichkeit offen gelassen wird, die Zurücknahme einer verfassungswidrig ohne ihre Zustimmung erlassenen Verordnung im Wege eines gerichtlichen Verfahrens zu erwirken, die Verordnung aber bis dahin als verbindliche Rechtsnorm von Allen anerkannt werden muß. Die Verfassung, indem sie vorschreibt, daß Bestimmungen eines gewissen Inhalts nur unter Zustimmung der Stände sollen getroffen werden können, will, daß solche Bestimmungen ohne diese Zustimmung nicht zur verbindlichen Rechtsnorm werden können. Diese Absicht wird vereitelt, wenn der Landesherr ihnen dadurch, daß er sie durch eine Verfügung trifft, welche er Verordnung nennt, verbindliche Kraft, wenn auch nur vorübergehend verleihen kann. Dasselbe geschieht zwar auch dann, wenn er unrichtiger Weise die ständische Zustimmung als erfolgt bezeichnet und wir haben für diesen Fall doch zugegeben, daß es zweckmäßig sein möge, einer mit diesem Zeugnisse versehenen landesherrlichen Verfügung unbedingt verbindliche Kraft beizulegen. Aber einerseits wird ein unrichtiges Zeugniß über die Zustimmung der Stände, wie die Natur der Sache und Erfahrung zeigen, viel seltener vorkommen, wie der Erlaß einer der Zustimmung der Stände bedürfenden Verordnung, ohne dieselbe, und andererseits haben wir jenes Zugeständniß nur deßhalb und nur insoweit gemacht, als nur dadurch der Forderung entsprochen werden kann, daß die thatsächlichen Voraussetzungen, von denen das Inslebentreten eines neuen Rechtssatzes abhängt, für Jeden leicht erkennbar sein müssen. Die Rücksicht auf die Technik des Rechts erforderte hier eine Vereinfachung des Thatbestandes, sie erfordert aber nicht,

daß den Betheiligten auch die rechtliche Beurtheilung der Frage, ob eine landesherrliche Verfügung ihrem Inhalt nach Gesetz oder Verordnung sei, ob also der für jenes oder der für diese vorgeschriebene Thatbestand vorliegen müsse, abgenommen werde. Indem ihnen die Beantwortung dieser Frage überlassen bleibt, wird keine größere Anforderung an sie gestellt, wie bei jedem andern Rechtsverhältnisse; denn zu einer richtigen Beurtheilung derselben ist in ganz gleicher Weise die richtige Auslegung und Anwendung der dasselbe beherrschenden Rechtsregeln erforderlich.

So erheblich daher die Zweckmäßigkeitsgründe sind, welche dafür sprechen, die Thatsachen, von welchen nach den Vorschriften der Verfassung die Verbindlichkeit eines Actes der gesetzgebenden Gewalt abhängt, durch das öffentliche Zeugniß des Landesherrn den Unterthanen gegenüber vorläufig feststellen zu lassen, so wenig können wir ein Bedürfniß anerkennen, auch die Rechtsfragen, von welchen jene Verbindlichkeit abhängt, durch eine einseitige Entscheidung des Landesherrn feststellen zu lassen.

Für beide Fälle wird indessen — wie wir bereits angedeutet — die Einrichtung eines Verfahrens nöthig sein, durch welches die streitigen Fragen zu einer endgültigen, alle Theile bindenden Entscheidung gebracht werden können. In dem ersten Falle soll zwar nach unserer Ansicht durch das Zeugniß des Landesherrn die Frage, ob die ständische Zustimmung Statt gefunden, vorläufig festgestellt werden, aber wir haben schon hervorgehoben, daß diese Feststellung keine endgültige sein kann, daß vielmehr ein Weg eröffnet werden muß, auf welchem, wenn das Zeugniß ein unrichtiges war, die Wiederaufhebung des vorläufig verbindlichen Gesetzes erwirkt werden kann. Die dritte Resolution des Mainzer Juristentages deutet diesen Weg an. Sie geht freilich davon aus,

daß die Verbindlichkeit eines Gesetzes und jeder einzelnen Bestimmung desselben unbedingt davon abhänge, ob die Zustimmung der Stände dazu Statt gefunden habe, und paßt also bei unserer Voraussetzung nicht vollständig. Aber der darin ausgesprochene Gedanke, daß ein unabhängiger höchster Gerichtshof endgültig, also in solcher Art über die Streitfrage entscheide, daß alle Betheiligten, der Landesherr, die Stände und alle Unterthanen dadurch gebunden seien, ist auch für uns anwendbar. Zweifelhaft kann man darüber sein, wem das Recht eingeräumt werden soll, eine solche Entscheidung zu beantragen. Den Ständen wird es jedenfalls zustehen müssen. Consequent würde es sein, es auch jedem Einzelnen einzuräumen, denn durch den Erlaß eines Gesetzes der in Frage stehenden Art wird nicht bloß das Recht und Interesse der Stände, sondern der objectiven Rechtsordnung und das Interesse aller Unterthanen, mindestens aller Derer, deren Verhältnisse durch das Gesetz berührt werden, verletzt. Jedenfalls müßte den letzteren das Recht der Anfechtung für den Fall eingeräumt werden, daß die Stände durch irgend welche Umstände (z. B. rechtswidrige Aufhebung der Verfassung oder des Wahlgesetzes) verhindert sind, Gebrauch davon zu machen. In allen Fällen aber, in welchen nicht die Stände, sondern Einzelne die Aufhebung beantragen, müßte den ersteren Gelegenheit gegeben werden, zu interveniren, eventuell den Prozeß selbst zu übernehmen. Der Gegner in diesem Verfahren würde die Staatsbehörde sein. Dieser selbst auch, wie in der Resolution vorgeschlagen, das Recht einzuräumen, die richterliche Entscheidung zu beantragen, ist zwar bei dem Standpunkt der Resolution richtig, bei unserer Voraussetzung fällt die Veranlassung dazu weg.

In dem zweiten von uns besprochenen Falle würde ohne ein Verfahren der angedeuteten Art die Frage, ob die be-

treffende Verordnung verbindlich ist, für immer unentschieden bleiben. Die Regierung würde sie als verbindlich behandeln und demgemäß, soweit ihre Macht reicht, anwenden. Nur sofern dieselbe in Verhältnisse eingreift, deren Feststellung in Streitfällen zur Competenz der Gerichte gehört, würden sich die Betheiligten dagegen durch Anrufung der richterlichen Hülfe schützen können. Die richterliche Entscheidung würde aber immer nur für den einzelnen Fall maßgebend sein und bliebe es daher möglich, daß in dem einen Falle für und dem andern Falle gegen die Verbindlichkeit der Verordnung entschieden würde.

Daß ein solches Verhältniß kein wünschenswerthes ist, liegt auf der Hand. Die Unzuträglichkeiten desselben werden sich um so schwerer fühlbar machen, als streitige Rechtsfragen dieser Art immer zugleich einen politischen Character haben. Die politischen Parteien werden sich ihrer bemächtigen und sie für ihre Zwecke zu benutzen suchen. Der politische Kampf wird die ruhige wissenschaftliche Erörterung erschweren und das Verhältniß zwischen Volk und Regierung, das ganze Staatsleben kann dadurch schweren Erschütterungen ausgesetzt werden. Bei einer solchen acuten Beschaffenheit des Uebels kann die Beseitigung desselben nicht wie bei anderen streitigen Rechtsfragen der nur langsam wirkenden Kraft der Wissenschaft und Praxis überlassen werden, und da das in solchen Fällen sonst mögliche letzte Mittel der authentischen Interpretation, wie wir bereits hervorgehoben, hier regelmäßig versagen wird, so ist eine andere Aushülfe nothwendig. Sie liegt naturgemäß darin, daß ein unparteiischer höchster Gerichtshof die Streitfrage endgültig entscheidet. Alle Gefahren, welche aus einer einseitigen Entscheidung derselben durch den Landesherrn entstehen, werden dadurch vermieden, und die Bedenken, welche sonst mit Recht dagegen erhoben werden, der richterlichen Entscheidung einer Streitfrage

eine über den einzelnen Fall hinausgehende Wirkung beizulegen, fallen hier theils von selbst weg, theils lassen sie sich durch eine zweckmäßige Einrichtung des Verfahrens, auf Grund dessen die Entscheidung erfolgt, beseitigen. Die Natur der Streitfrage schließt die Gefahr, welche sonst aus dem Herausreißen und der Entscheidung einer einzelnen Frage aus dem ganzen Systeme des Rechts entsteht, aus, und das Verfahren wird so einzurichten sein, daß die Entscheidung auf Grund einer vollständigen, die betreffende Frage zum ausschließlichen Gegenstande habenden Verhandlung unter den Betheiligten erfolgt. Die vorzugsweise Betheiligten sind einerseits die Regierung, andererseits die Stände. Beiden wird das Recht, die Einleitung des gedachten Verfahrens zu beantragen, einzuräumen sein. Einzelnen wird dasselbe Recht, da sie, soweit ihr persönliches Interesse berührt wird, hinreichenden Schutz bei den ordentlichen Gerichten finden, nur unter bestimmten Voraussetzungen für den Fall einzuräumen sein, daß die rechtmäßigen Stände verhindert sind, davon Gebrauch zu machen.

Auf die mannigfachen, die Einrichtung des Verfahrens im Einzelnen betreffenden Fragen gehen wir nicht näher ein. Das Resultat unserer Ansicht **de lege condenda** fassen wir kurz dahin zusammen:

Gesetze, in deren Eingang der Landesherr bezeugt hat, daß die Zustimmung der verfassungsmäßigen Stände stattgefunden, sind verbindlich. Sie können aber, wenn dies Zeugniß unrichtig, von den Ständen (oder jedem Einzelnen) angefochten werden. Ein höchster Gerichtshof entscheidet auf Grund eines contradictorischen Verfahrens zwischen Regierung und Ständen über diese Anfechtung und hebt, wenn er sie begründet findet, das Gesetz wieder auf. Diese Entscheidung hat die Kraft eines Gesetzes.

Verordnungen, die ihrem Inhalte nach der ständischen Zu-

stimmung bedurft hätten, sind unverbindlich. Die ordentlichen Gerichte entscheiden darüber, soweit dies für die Aburtheilung der zu ihrer Competenz gehörenden Sachen erforderlich ist. Auf Antrag der Regierung wie der Stände kann aber auch hier auf Grund eines contradictorischen Verfahrens die Entscheidung eines dazu bestimmten Gerichtshofes erwirkt werden, welcher die Streitfrage mit Gesetzeskraft entscheidet.

Die in der vierten Resolution des Mainzer Juristentags ausgesprochene Forderung, daß in Fällen rechtswidriger Aufhebung der Verfassung ein Reichsgericht über die daraus entstehenden Rechtsfragen entscheide, rechtfertigt sich durch die Besorgniß, daß in solchen Fällen den Landesgerichten die erforderliche Unabhängigkeit fehlen könnte. Rechtlich liegen Fälle dieser Art in keiner Weise anders als andere Fälle verfassungswidriger Gesetze und Verordnungen. Unseres Erachtens würde es sich empfehlen, die Competenz des Reichsgerichts auf alle Fälle auszudehnen, in welchen nach dem Obigen eine endgültige Entscheidung mit Gesetzeskraft eintreten soll.

Anlage.

Bestimmungen der deutschen Verfassungen über die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt und die verbindliche Kraft der Gesetze.

---

1. Preußische Verfassung vom 31. Januar 1850.

Art. 44. Die Minister des Königs sind verantwortlich. Alle Regierungsacte des Königs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt.

Art. 45. Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu, er ernennt und entläßt die Minister. Er befiehlt die Verkündigung der Gesetze und erläßt die zu deren Ausführung nöthigen Verordnungen.

Art. 62. Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König und durch zwei Kammern ausgeübt, die Uebereinstimmung des Königs und beider Kammern ist zu jedem Gesetze erforderlich.

Art. 63. Nur in dem Falle, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern die Kammern nicht versammelt sind, unter Verantwortlichkeit des gesammten Staatsministeriums, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwider laufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber den Kammern bei ihrem nächsten Zusammentritt sofort vorzulegen.

Art. 106. Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Rechtsgültigkeit ge-

hörig verkündeter königlicher Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur den Kammern zu.

2. Die Hannoversche Verfassung von 1840.

§. 5. Der König vereinigt als Souverain die gesammte Staatsgewalt ungetheilt in sich, und wird durch die landständische Verfassung nur in der Ausübung bestimmter Rechte an die Mitwirkung der Stände gebunden.

§. 7. Kein Landesgesetz hat vor der vom König vorgenommenen Verkündigung Gültigkeit.

§. 113. Landesgesetze werden vom König unter Mitwirkung der allgemeinen Ständeversammlung erlassen, wieder aufgehoben, abgeändert und authentisch interpretirt. — — — — Bei Verkündigung der Gesetze ist zu erwähnen, daß dabei die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände stattgefunden habe.

§. 121. Verordnungen werden vom Könige ohne ständische Mitwirkung erlassen. Dieselben dürfen nur zur Vollziehung oder Handhabung bestehender Gesetze, oder zur Ausübung des landesherrlichen Oberaufsichts- und Verwaltungs-Rechts dienen, und dürfen Nichts enthalten, was seiner Natur nach der ständischen Mitwirkung bedarf. (§. 113 f.)

§. 122. Außerordentliche, ihrer Natur nach der ständischen Zustimmung bedürfende, aber durch das Staatswohl, die Sicherheit des Landes, oder die Erhaltung der ernstlich bedrohten Ordnung dringend gebotene gesetzliche Verfügungen, deren Zweck durch Verzögerung vereitelt werden würden, gehen vom Könige allein aus, dieselben dürfen jedoch eine Abänderung der Verfassung nicht enthalten und müssen außer Kraft gesetzt werden, sobald die Gefahr beseitigt ist, welche das Gesetz veranlaßt hat.

Bei Verkündigung derselben ist der Grund ihrer Ausnahme von der ständischen Mitwirkung zu erwähnen; auch sind solche den allgemeinen Ständen bei ihrer nächsten Zusammenkunft behufs Wahrnehmung ihrer verfassungsmäßigen Rechte in Beziehung auf das Fortbestehen des Gesetzes vorzulegen.

§. 123. Gesetze und Verordnungen werden vom Könige verkündigt und erhalten dadurch verbindliche Kraft. Die Gerichte und Verwaltungsbehörden haben solche zu befolgen und

über deren Befolgung zu wachen, ohne daß es ihnen zusteht, zu beurtheilen, ob dabei die Mitwirkung der Stände verfassungsmäßig stattgefunden habe, noch ob dieselbe überall erforderlich gewesen sei. Sollten Zweifel darüber entstehen, ob bei einem vom Könige verkündigten Gesetze die vorgeschriebene Form beobachtet sei, oder ob weder die den allgemeinen Ständen des Königreichs noch die der Verfassung zustehende Mitwirkung dabei stattgefunden habe, so ist nur die allgemeine Ständeversammlung berechtigt, solcherhalb die verfassungsmäßigen Schritte zu thun.

3. Das Hannoversche Verfassungsgesetz vom 5. September 1848.

Die §§. 5 und 7 der Verfassung von 1840 wurden nicht geändert. An die Stelle der §§. 113 ff. traten aber folgende Bestimmungen:

§. 65. Landesgesetze werden vom Könige nur unter Zustimmung der allgemeinen Ständeversammlung erlassen, wieder aufgehoben, abgeändert und authentisch interpretirt. (Vergleiche §. 72.) Die Zustimmung der Stände beschränkt sich auf den wesentlichen Inhalt der Gesetze, die Bearbeitung der Gesetze nach Maaßgabe der ständischen Beschlüsse verbleibt der Regierung. Bei Verkündigung der Gesetze ist zu erwähnen, daß dabei die verfassungsmäßige Zustimmung der Stände stattgefunden habe.

§. 71. Verordnungen werden von der Regierung ohne Mitwirkung der Stände erlassen, sie dürfen nur zur Vollziehung bestehender Gesetze dienen, und Nichts enthalten, was seiner Natur nach der ständischen Zustimmung bedarf. Sie müssen im Eingange das Gesetz bezeichnen, zu dessen Vollziehung sie dienen.

§. 72. Außerordentliche, ihrer Natur nach der ständischen Zustimmung bedürfende, aber durch das Staatswohl, die Sicherheit des Landes, oder die Erhaltung der ernstlich bedrohten Ordnung dringend gebotene gesetzliche Verfügungen, deren Zweck durch Verzögerung vereitelt werden würde, gehen vom Könige allein aus, dieselben dürfen jedoch eine Abänderung der Verfassung nicht enthalten, und müssen außer Kraft gesetzt werden, sobald die Gefahr beseitigt ist, welche das Gesetz veranlaßte.

Bei Verkündigung derselben ist der Grund ihrer Ausnahme von der ständischen Mitwirkung zu erwähnen; sie sind den allgemeinen Ständen bei ihrer nächsten Zusammenkunft behufs Wahrnehmung ihrer verfassungsmäßigen Rechte vorzulegen, und, falls die Zustimmung nicht erfolgt, wieder aufzuheben.

§. 73. Alle Gesetze und Verordnungen werden vom Könige unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form (§. 65, 71 und 72) verkündigt, und erhalten dadurch für alle Unterthanen und alle Behörden verbindliche Kraft. Entstehen Zweifel darüber, ob bei einem gehörig verkündigten Gesetze die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände hinreichend beobachtet sei, so steht nur diesen zu, Anträge deßhalb zu machen.

§. 102. Alle vom Könige ausgehenden Regierungsverfügungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Ministers oder Vorstandes des betreffenden Ministeriums. — — — — Jeder Minister oder Vorstand des Ministeriums ist dem Könige oder dem Land dahin verantwortlich, daß keine von ihm contrasignirte oder ausgegangene Verfügung eine Gesetzesverletzung enthalte. Die allgemeine Ständeversammlung ist befugt, diese Verantwortlichkeit durch eine an den König selbst gerichtete Beschwerde geltend zu machen, welche die Entlassung der Minister oder des betreffenden Ministers zur Folge haben soll. Wegen absichtlicher Verletzung des Verfassungsgesetzes kann die Ständeversammlung eine förmliche Anklage erheben.

4. Hannoversche Verfassung von 1855.

Durch die Verordnung vom 1. August 1855 wurden die §§. 71 und 72 der Verfassung von 1848 aufgehoben und statt deren die §§. 121 und 122 der Verfassung von 1840 wieder hergestellt. An die Stelle des §.73 der Verfassung von 1848 trat folgende Bestimmung:

Alle Gesetze und Verordnungen werden vom Könige unter Beobachtung der vorgeschriebenen Form (§. 65 des Gesetzes vom 5. Sept. 1848 und §. 121 und 122 des Landesverfassungsgesetzes vom 6. August 1840) verkündigt, und erhalten dadurch für alle Unterthanen und alle Behörden verbindliche Kraft. Die Gerichte und Verwaltungsbehörden haben solche zu befolgen, und über deren Befolgung zu wachen, ohne daß es ihnen zusteht, zu beurtheilen, ob dabei die Mitwirkung

der Stände stattgefunden habe, noch ob dieselbe überall erforderlich gewesen sei. Entstehen Zweifel darüber, ob bei einem gehörig verkündigten Gesetze die verfassungsmäßige Mitwirkung der Stände hinreichend beobachtet sei, so steht nur diesen zu, Anträge deshalb zu machen.

An die Stelle des §. 102 der Verf. von 1848 trat die Bestimmung: Alle vom Könige ausgehenden Regierungsverfügungen bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des Ministers oder Vorstandes des betr. Ministeriums.

Wegen absichtlicher Verletzung des Verfassungsgesetzes kann die Ständeversammlung eine Anklage gegen die betreffenden Minister erheben.

5. Das Grundgesetz für Schwarzburg-Rudolstadt vom 21. März 1854.

§. 1. Der Fürst ist das souveraine Oberhaupt des Staats. Die gesammte Staatsgewalt ist ungetheilt in ihm vereinigt. In der Ausübung bestimmter Rechte ist der Fürst nach Maßgabe dieses Gesetzes an die Mitwirkung des Landtages gebunden.

§. 5. Alle landesfürstlichen Regierungserlasse bedürfen zur Feststellung ihrer Authenticität, zur Verhütung eines etwaigen Mißbrauchs der landesherrlichen Namensunterschrift, und damit sofort ersichtlich sei, wer die Verantwortung für den Erlaß zu tragen hat, der Gegenzeichnung eines Mitglieds der obersten Regierungsbehörde.

§. 23. Der Landtag des Fürstenthums hat folgende Rechte:

1. Das Recht der Einwilligung bei zu erlassenden allgemeinen Landesgesetzen — — — — — — — — — — — —

§. 24. Das Mitwirkungsrecht des Landtages bei der Gesetzgebung besteht darin, daß demselben alle zu erlassenden allgemeinen Gesetze, welche die grundgesetzlichen Bestimmungen des Fürstenthums, oder die persönliche Freiheit, die Sicherheit und das Eigenthum der Staatsunterthanen, sei es im ganzen Lande oder in einzelnen Landestheilen, zum Gegenstande haben, zur Berathung und Zustimmung vorgelegt werden müssen.

§. 25. Nur in dem Falle dringenden Bedürfnisses können solche Gesetze, wenn der Landtag nicht versammelt ist, unter Verantwortlichkeit der Mitglieder der obersten Verwalt-

ungsbehörde erlassen werden. Dieselben sind aber dem Landtage sofort nach seinem nächsten Zusammentritt zur Genehmigung vorzulegen.

§. 26. Gesetze sind verbindlich, wenn sie in der vorgeschriebenen Form bekannt gemacht worden sind. Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit gehörig publicirter Gesetze steht nicht den Behörden, sondern nur dem Landtage zu.

6. Verfassung von Reuß jüngere Linie vom 14. April 1852, modificirt durch Gesetz vom 10. Juni 1856.

§. 5 des Gesetzes vom 10. Juni 1856*). Der Landesherr vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt solche nach der Verfassung.

§. 6. Inwiefern der Landesherr bei Ausübung der Regierungsrechte an die Mitwirkung der Landesvertretung gebunden ist, wird durch das Verfassungsgesetz bestimmt.

§. 63 der Verfassung vom 14. April 1852. Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den Fürsten und die Landesvertretung ausgeübt. Die Uebereinstimmung des Fürsten und des Landtages ist zu jedem Gesetz erforderlich.

§. 65. Der Fürst sanctionirt die Gesetze und macht sie bekannt. In der Verkündigung wird Bezug genommen auf die erfolgte Zustimmung der Volksvertretung.

§. 66. Der Fürst erläßt auch solche, ihrer Natur nach der Zustimmung der Volksvertretung bedürfende, aber durch das Staatswohl dringend gebotene Verordnungen, deren Zweck

---

*) Die §§. 40 und 42 der Verfassung von 1852, welche dahin lauteten:

„§. 40. — — Alle Regierungsacte des Fürsten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung des verantwortlichen Ministeriums, das für deren Gesetzmäßigkeit einzustehen hat. Der Mangel einer solchen Gegenzeichnung macht die Verfügung ungültig. §. 42. Dem Fürsten allein steht die vollziehende Gewalt zu; er verfügt die Verkündigung der Gesetze und erläßt die zu deren Vollziehung nöthigen Anordnungen“ —

sind aufgehoben.

durch Verzögerung vereitelt werden würde, mit Ausnahme jeder und aller Abänderungen in der Verfassung und dem Wahlgesetze. Dafür, daß das Staatswohl Eile geboten habe, ist das Ministerium verantwortlich.

§. 67. Alle in dieser Weise erlassenen Verordnungen sind dem nächsten Landtage zur nachträglichen Beschlußfassung vorzulegen. Aus der versagten Zustimmung des Landtages zu solcher Verordnung folgt nicht, daß diese auf die seit ihrem Erlasse vergangene Zeit unwirksam werde.

§. 117. Wenn über die Auslegung einzelner Bestimmungen der Verfassungsurkunde Zweifel entsteht und derselbe nicht durch Uebereinkunft zwischen der Regierung und der Volksvertretung beseitigt werden kann, so soll die Entscheidung des Bundesschiedsgerichts eingeholt werden.

§. 107 des Gesetzes von 1856. Die von dem Landesherrn in Bezug auf die Regierung und Verwaltung des Staats ausgehenden Anordnungen und Verfügungen hat zum Zeichen, daß die betreffende Angelegenheit auf verfassungsmäßigem Gange behandelt worden sei, ein Mitglied des Ministeriums zu contrasigniren, und es ist der Contrasignirende für die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit des Inhalts persönlich verantwortlich. Durch die gedachte Contrasignatur erhalten solche Anordnungen und Verfügungen allgemeine Glaubwürdigkeit und Vollziehbarkeit. Diese rechtliche Folge ist ohne alle Ausnahme, sowohl für die Gerichte wie für alle anderen Staatsbehörden maßgebend, so daß nur der Landesvertretung vorbehalten bleibt, in Betreff der Frage über Rechtsbeständigkeit erlassener Verordnungen mit der Regierung in Verhandlung zu treten. Die obenerwähnte Verantwortlichkeit kann durch Befehle des Fürsten nicht aufgehoben oder verändert werden.

7. Verfassung des Herzogthums Braunschweig vom 12. October 1832.

§. 3. Der souveraine Landesfürst als Oberhaupt des Staates vereinigt in sich die gesammte ungetheilte Staatsgewalt und übt sie auf verfassungsmäßige Weise aus.

§. 5 Absatz 2. Kein Landesgesetz und keine Verordnung tritt in Kraft, bevor sie von der Landesregierung verkündigt sind.

§. 98. Die ständische Zustimmung ist erforderlich, 1. wenn dies Landesgrundgesetz, oder die mit demselben erlassenen Gesetze ergänzt, erläutert oder abgeändert, 3. wenn Landesgesetze gegeben, aufgehoben, abgeändert oder authentisch erklärt werden, die das Landesfinanz- und Steuerwesen, die Militairpflichtigkeit und die Aushebung der Mannschaften, das bürgerliche oder Strafrecht, den bürgerlichen oder Strafprozeß betreffen.

§. 29. Bei allen übrigen, namentlich das Landespolizeiwesen betreffenden Bestimmungen müssen die Stände zuvor mit ihrem Rath und Gutachten gehört, und es können in solchen Gesetzen Polizeistrafen bis zu 1monatlichem einfachem Gefängniß oder diesem entsprechender Geldstrafe angedroht werden.

§. 100. Die Gesetze sollen im Eingange der erfolgten Zustimmung, oder des vorher angehörten Gutachtens und Raths der Ständeversammlung oder des ständischen Ausschusses ausdrücklich Erwähnung thun. Alle in dieser verfassungsmäßigen Form von dem Landesfürsten verkündigten Gesetze müssen von allen Landeseinwohnern, Behörden und Gerichten befolgt werden.

§. 101. Verordnungen, d. h. solche Verfügungen, welche aus dem allgemeinen Verwaltungs- und Oberaufsichtsrechte der Regierung hervorgehen, oder welche die Ausführung und Handhabung der bestehenden Gesetze betreffen, erläßt die Landesregierung ohne Mitwirkung der Stände.

§. 120. Gebietet das Staatswohl dringende Eile, oder würde der vorübergehende Zweck des Gesetzes durch Verzögerung vereitelt, so können zwischen den Landtagen die das Landesfinanz- und Steuerwesen sowie die Militairpflicht und Aushebung der Mannschaften betreffenden Gesetze mit Zustimmung des Ausschusses erlassen werden. Die Landesregierung entscheidet unter Verantwortlichkeit sämmtlicher stimmführenden Mitglieder des Staatsministeriums darüber, ob jene Voraussetzungen eingetreten seien. Gesetze dieser Art sind der Ständeversammlung baldigst zur Genehmigung vorzulegen, und treten außer Wirksamkeit, wenn diese versagt wird.

§. 122. Durch die mit Zustimmung des Ausschusses erlassenen Gesetze kann indessen nie dieses Landesgrundgesetz oder ein mit demselben publicirtes Gesetz ergänzt, erläutert oder abgeändert, oder eine organische Einrichtung getroffen oder verändert werden.

§. 121 und 123 enthalten noch fernere Bestimmungen über Fälle, in denen die Zuziehung des Ausschusses die der Ständeversammlung ersetzen kann.

§. 145. Ein Beschluß der Ständeversammlung erhält nicht eher gesetzliche Gültigkeit, als bis ihm die landesfürstliche Zustimmung ertheilt und er als Gesetz publicirt ist.

§. 231 bestimmt, daß, wenn die Regierung und Stände „eine verschiedene Ansicht über die Auslegung einzelner Bestimmungen des Landesgrundgesetzes haben sollten“ und der Versuch, sie auszugleichen, nicht gelinge, „sowohl der Regierung und den Ständen unbenommen sei, die entstandene Differenz im Wege Rechtens entscheiden zu lassen.“ Diese Entscheidung wird von einem Compromißgericht abgegeben, über dessen Zusammensetzung nähere Bestimmungen gegeben sind.

8. Verfassung des Großherzogthums Oldenburg vom 22. November 1852.

Artikel 4 §. 2. Der Großherzog vereinigt als Oberhaupt des Staats in sich die gesammten Rechte der Staatsgewalt und übt dieselben verfassungsmäßig aus.

Art. 5. Der Großherzog befiehlt die Verkündigung der Gesetze, ohne jemals dieselbe aussetzen zu können, und erläßt die zu ihrer Vollziehung nöthigen Verordnungen.

Art. 6. — — — — er schließt Verträge mit andern Staaten; diese bedürfen jedoch der Zustimmung oder Bestätigung des Landtages, wenn sie

a) einen Gegenstand betreffen, über welchen ohne Zustimmung des Landtages von der Staatsregierung verfassungsmäßig Anordnungen gültig nicht getroffen werden können.

— — — — — — — — — — — — — — — — — — — —

Art. 12 §. 3. Alle Regierungshandlungen des Großherzogs bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung eines Mitgliedes des Staatsministeriums, wodurch dieses Mitglied die persönliche Verantwortlichkeit übernimmt.

Art. 136. Ein Gesetz kann von dem Großherzoge nur in Uebereinstimmung mit dem Landtage erlassen, aufgehoben, geändert oder authentisch ausgelegt werden.

Art. 137. Es bedarf der Zustimmung des Landtages nicht

1. bei Verordnungen zur Vollziehung oder Handhabung bestehender Gesetze,

2. bei Verordnungen von gesetzlicher Bedeutung, welche durch die Umstände dringend geboten sind und weder einen Aufschub bis zum nächsten ordentlichen Landtage zulassen, noch die Berufung eines außerordentlichen Landtages gestatten oder durch ihre Wichtigkeit rechtfertigen, auch eine Abänderung des Staatsgrundgesetzes nicht enthalten. Verordnungen dieser Art sind von allen Mitgliedern des Staatsministeriums zu contrasigniren. — — — — Die Dringlichkeit und Zweckmäßigkeit solcher Verordnungen soll dem nächsten Landtage nachgewiesen werden. Findet dieser Bedenken, der erlassenen Verordnung seine Zustimmung zu ertheilen, so ist dieselbe sofort wieder aufzuheben.

Art. 140. Der Großherzog erläßt und verkündet die Gesetze mit ausdrücklichem Bezug auf die erfolgte Zustimmung des Landtages, beziehungsweise die nach Art. 137, Ziffer 2, vorliegenden Umstände.

Art. 141 §. 1. Gesetze und Verordnungen sind verbindlich, wenn sie in gesetzlicher Form verkündet sind.

§. 2. Die Prüfung der Rechtsbeständigkeit gehörig verkündeter Gesetze und Verordnungen steht nicht den Behörden, sondern nur dem Landtage zu.

Art. 209. Waltet über der Auslegung der Staatsgrundgesetze oder über den Gränzen der verfassungsmäßigen Mitwirkung des Landtags eine Verschiedenheit der Ansichten zwischen der Staatsregierung und dem Landtage ob und ist eine Verständigung nicht erreicht, so soll auf Antrag, sei es der Staatsregierung oder des Landtages, die Frage vor einem vereinbarten Schiedsgericht, oder vor dem Staatsgerichtshofe als Schiedsgericht und falls die Staatsregierung oder der Landtag sich bei der Entscheidung des Schiedsgerichts nicht beruhigen wollen, vor dem deutschen Bundesschiedsgerichte in letzter Instanz erledigt werden.

9. Verfassungs-Gesetz für Schwarzburg-Sondershausen vom 12. December 1849.

§. 49. Der Fürst ist das Oberhaupt des Staates. Er hat diejenigen Rechte der Staatsgewalt, welche ihm die Ver-

fassung und die kraft derselben gegebenen Gesetze beilegen auf verfassungsmäßige Weise (§. 67) auszuüben*).

§. 59. Der Fürst hat die gesetzgebende Gewalt in Gemeinschaft mit dem Landtage (§. 100—109).

§. 61. Die vollziehende Gewalt steht dem Fürsten allein zu, er erläßt die zur Vollziehung der Gesetze erforderlichen Verordnungen und leitet und überwacht die gesammte Landesverwaltung.

§. 67. Alle Verfügungen des Fürsten in Staatsangelegenheiten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung wenigstens eines Mitgliedes des Ministeriums.

§. 100. Der Landtag übt die gesetzgebende Gewalt in Gemeinschaft mit dem Fürsten aus. Gesetze können, insofern nicht nach §. 104 und 107 eine Ausnahme stattfindet, nur in Uebereinstimmung des Fürsten und des Landtages gegeben, aufgehoben, geändert oder authentisch ausgelegt werden.

Der §. 104, welcher dem Fürsten nur ein suspensives Veto beilegte, ist durch §. 29 des Gesetzes vom 2. August 1852 aufgehoben.

Der §. 107 lautet nach der ihm im § 31 des Gesetzes vom 2. August 1852 gegebenen Fassung: Der Fürst kann gesetzliche Bestimmungen dann ohne Mitwirkung des Landtages erlassen, wenn dieselben durch die Umstände so dringend geboten sind, daß sie durchaus keinen Aufschub bis nach Zusammentritt des eben nicht versammelten Landtags leiden. Dieselben dürfen jedoch keine Aenderung der Verfassung und des Wahlgesetzes enthalten und müssen mit den Beweggründen dem nächsten Landtage nach dessen Zusammentritt zur Genehmigung vorgelegt und auf dessen Antrag sofort wieder aufgehoben werden.

§. 108. Der Fürst erläßt und verkündet die Gesetze mit ausdrücklichem Bezug auf die erfolgte Zustimmung des Landtages, bez. auf die nach §. 107 vorliegenden Umstände.

---

*) Durch §. 12 des Gesetzes vom 2. August 1852 ist dieser Paragraph dahin geändert: Der Fürst ist das Oberhaupt des Staats, er vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und ist bei Ausübung derselben nur insoweit an die Mitwirkung des Landtages gebunden, als diesem eine solche durch gegenwärtige Verfassung ausdrücklich eingeräumt ist.

§. 109. Durch Verkündigung der Gesetze in der im §. 108 vorgeschriebenen Form erhalten dieselben verbindliche Kraft. Entstehen Zweifel darüber, ob der Inhalt eines gehörig verkündigten Gesetzes mit den Beschlüssen des Landtages in Uebereinstimmung stehe, so hat nur letzterer das Recht, deshalb Anträge zu machen.

10. Landesgrundgesetz für das Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen vom 8. Juli 1857.

§. 8. Der Fürst ist das Oberhaupt des Staats; er vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und ist bei Ausübung derselben nur in so weit an die Mitwirkung des Landtags gebunden, als diesem eine solche durch gegenwärtiges Landesgrundgesetz ausdrücklich eingeräumt worden ist.

§. 11 stimmt wörtlich mit §. 67 der Verfassung von 1849.

§. 34. Der Landtag nimmt Theil an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt. — Gesetze können, sofern nicht nach §. 39 eine Ausnahme stattfindet, nur in Uebereinstimmung des Fürsten und des Landtages gegeben, aufgehoben und geändert werden.

§. 39. Der Fürst kann Gesetze dann ohne vorherige Mitwirkung des Landtages erlassen, wenn dieselben durch die Umstände dringend geboten sind, und keinen Aufschub bis nach Zusammentritt des eben nicht versammelten Landtages leiden. Dieselben dürfen jedoch keine Aenderung des Landesgrundgesetzes enthalten und müssen nach Zusammentritt des nächsten Landtages demselben mit den Beweggründen vorgelegt werden. Wird bei der Berathung eines solchen Gesetzes — — — — die Zustimmung des Landtages nicht erlangt, so muß dasselbe wieder aufgehoben, oder nach Auflösung des Landtages einem neuen Landtage zur Genehmigung vorgelegt werden.

§. 40 und 41 stimmen mit §. 108 und 109 der Verfassung von 1849 überein.

11. Verfassung des Königreichs Sachsen vom 4. September 1831.

§. 4. Der König ist das souveraine Oberhaupt des Staats, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den durch die Verfassung festgesetzten Bestimmungen aus.

§. 43. Alle Verfügungen in Regierungsangelegenheiten, welche der König unterzeichnet, müssen von dem Vorstande eines Ministerialdepartements, welcher bei der Beschlußnahme wirksam gewesen ist, in der Reinschrift zum Zeichen seiner Verantwortlichkeit für die Zweckmäßigkeit und Uebereinstimmung desselben mit den Gesetzen und der Verfassung des Landes contrasignirt werden. Eine solche mit der erforderlichen Contrasignatur nicht bezeichnete Verfügung ist als erschlichen zu betrachten und daher unverbindlich.

§. 86. Kein Gesetz kann ohne Zustimmung der Stände erlassen, geändert oder authentisch interpretirt werden.

§. 87. Der König erläßt und promulgirt die Gesetze mit Bezug auf die erfolgte Zustimmung der Stände und ertheilt die zu deren Vollziehung und Handhabung erforderlichen sowie die aus den Aufsichts- und Verwaltungsrechten fließenden Verfügungen und Verordnungen.

§. 88. Der König erläßt auch solche, ihrer Natur nach der ständischen Zustimmung bedürfende, aber durch das Staatswohl dringend gebotene Verordnungen, deren vorübergehender Zweck durch Zögerung vereitelt werden würde, mit Ausnahme aller und jeder Abänderungen in der Verfassung und dem Wahlgesetze. Dafür, daß das Staatswohl Eile geboten, sind sämmtliche Minister verantwortlich. Sie haben deshalb insgesammt die Verordnung zu contrasigniren und müssen letztere den Ständen bei der nächsten Zusammenkunft zur Genehmigung vorgelegt werden.

§. 153. Wenn über die Auslegung einzelner Punkte der Verfassungsurkunde Zweifel entsteht und derselbe nicht durch Uebereinkunft zwischen Regierung und Ständen beseitigt werden kann, so sollen die für und wider streitenden Gründe sowohl von Seiten der Regierung als der Stände dem Staatsgerichtshofe zur Entscheidung vorgelegt werden. — — — — Der hierauf ertheilte Ausspruch soll als authentische Interpretation angesehen und befolgt werden.

12. Verfassung des Königreichs Baiern vom 26. Mai 1818.

Titel 2 §. 1. Der König ist das Oberhaupt des Staats, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den von ihm gegebenen in der gegenwärtigen Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus.

Titel 7 §. 2. Ohne den Beirath und die Zustimmung der Stände des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freiheit der Personen oder das Eigenthum der Staatsangehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden.

§. 30. Der König allein sanctionirt die Gesetze und erläßt dieselben mit seiner Unterschrift und Anführung der Vernehmung des Staatsraths und des erfolgten Beiraths und der Zustimmung der Lieben und Getreuen der Stände des Reichs.

Gesetz vom 4. Juni 1848.

Art. 4. Der König wird seine Regierungsverordnungen jedesmal von den Ministern oder von den zeitlichen Stellvertretern gegenzeichnen lassen, in deren Geschäftskreis die Sache einschlägt. Ohne eine solche Gegenzeichnung sind die besagten Anordnungen nicht vollziehbar.

13. Verfassung des Königreichs Würtemberg vom 25. September 1819.

§. 4. Der König ist das Haupt des Staats, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den durch die Verfassung festgesetzten Bestimmungen aus.

§. 51. Alle von dem Könige ausgehenden Verfügungen, welche die Staatsverwaltung betreffen, müssen von den Departementsministern oder Chefs contrasignirt sein, welche dadurch für ihren Inhalt verantwortlich werden.

§. 88. Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz gegeben, aufgehoben, geändert oder authentisch interpretirt werden.

§. 89. Der König hat aber das Recht, ohne die Mitwirkung der Stände die zu der Vollstreckung und Handhabung

der Gesetze erforderlichen Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen zur Sicherheit des Staats das Nöthige vorzukehren.

§. 90. Eben diese Bestimmungen (§. 88 u. 89) finden auch bei den Gesetzen, Verordnungen und Anstalten im Landespolizeiwesen statt.

14. Verfassung des Kurfürstenthums Hessen-Kassel vom 5. Januar 1831.

§. 10. Der Kurfürst ist das Oberhaupt des Staats, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie auf verfassungsmäßigem Wege aus.

§. 95. Ohne Beistimmung der Stände kann kein Gesetz erlassen, aufgehoben, geändert oder authentisch interpretirt werden. Im Eingang eines jeden Gesetzes ist der landständischen Zustimmung ausdrücklich zu erwähnen. Verordnungen, welche die Handhabung oder Vollziehung bestehender Gesetze bezwecken, werden von der Staatsregierung allein erlassen; auch kann, wenn die Landstände nicht versammelt sind, zu solchen ausnahmsweise erforderlichen Maßregeln, welche bei außerordentlichen Begebenheiten, wofür die vorhandenen Gesetze unzulänglich sind, von dem Staatsministerium unter Zuziehung des landständischen Ausschusses (siehe §. 2) auf den Antrag der betreffenden Ministerialvorstände für wesentlich und unaufschieblich zur Sicherheit des Staates oder zur Erhaltung der ernstlich bedrohten öffentlichen Ordnung erklärt werden sollten, ungesäumt geschritten werden. Hierauf aber wird nach dem Antrage jenes Ausschusses so bald als möglich die Einberufung der Landstände Statt finden, um deren Beistimmung zu den in gedachten Fällen erlassenen Anordnungen zu erwirken.

§. 108. Der Vorstand eines jeden Ministerialdepartements hat die vom Regenten in Bezug auf die Regierung und Verwaltung des Staats ausgehenden Anordnungen und Verfügungen, welche in sein Departement einschlagen, zum Zeichen, daß die betreffende Angelegenheit auf verfassungsmäßige Weise behandelt worden sei, zu contrasigniren, und ist für die Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit ihres Inhalts persönlich verantwortlich. Hinsichtlich derjenigen Angelegenheiten, welche mehrere oder sämmtliche Departements betreffen, haben deren

Vorstände gemeinschaftlich zu contrasigniren und zwar mit persönlicher Verantwortlichkeit eines Jeden für die Gegenstände seines Departements. Durch die gedachte Contrasignatur erhalten solche Anordnungen und Verfügungen allgemeine Glaubwürdigkeit und Vollziehbarkeit.

§. 154. Sollten einst etwa zwischen der Staatsregierung und den Landständen über den Sinn einzelner Bestimmungen der Verfassungsurkunde Zweifel sich erheben — — so muß der zweifelhafte Punkt bei einem Compromißgericht zur Entscheidung gebracht werden. (Folgen Bestimmungen über dessen Zusammensetzung.)

15. Revidirtes Grundgesetz über die Verfassung des Großherzogthums Sachsen-Weimar-Eisenach vom 15. October 1850.

§. 4. Es stehen dem Landtage folgende Rechte zu —

— —

6. das Recht, an der Gesetzgebung in der Art Theil zu nehmen, daß Landesgesetze, welche entweder die Landesverfassung betreffen oder die persönliche Freiheit, die Sicherheit und das Eigenthum der Staatsbürger, sei es im ganzen Lande oder in einzelnen Landestheilen, zum Gegenstande haben, nicht ohne Zustimmung des Landtages erlassen oder authentisch interpretirt werden können.

§. 47. Alle Anordnungen des Regenten sind nur dann gültige Regierungshandlungen, wenn sie schriftlich erlassen und von einem oder mehreren Departementschefs mitunterzeichnet sind.

§. 61. Der Landesfürst ist, wenn der Landtag nicht versammelt ist, berechtigt, alle solche Gesetze, welche nach der gegenwärtigen Verfassung der Zustimmung des Landtages bedürfen (§. 4 Nr. 6), ohne letztere dann zu erlassen, wenn ihr durch das Staatswohl dringend gebotener Zweck einer schleunigen Erfüllung bedarf. Ausgenommen hiervon sind alle und jede Abänderungen der Verfassung und des Wahlgesetzes. Derartige provisorische Gesetze müssen von allen anwesenden Departementschefs verantwortet und zu diesem Zwecke contrasignirt, auch dem Landtage bei seiner nächsten Zusammenkunft vorgelegt und bei ihrer Publication im Regierungsblatte aus-

drücklich als provisorisch bezeichnet werden mit dem Hinzufügen, daß, wenn sie von dem nächsten Landtage nicht ausdrücklich angenommen werden sollten, sie mit dem Ende des letzteren von selbst und ohne Weiteres außer Kraft treten.

§. 62. Bei Publication eines jeden Gesetzes, sofern es nicht ausdrücklich als ein bloß provisorisches und bis zum Schluß des nächsten Landtages gültiges bezeichnet wird, ist der erfolgten Zustimmung des Landtages zu erwähnen.

16. Staatsgrundgesetz für die Herzogthümer Coburg und Gotha vom 3. Mai 1852.

§. 3. Der Herzog ist das Oberhaupt des Staats und übt als solcher die Rechte der Staatsgewalt nach der Verfassung.

§. 22. Die Anordnungen des Herzogs, des Regierungsverwesers und des Statthalters sind nur dann Regierungshandlungen, wenn sie schriftlich erlassen und ein solches durch besonderes Gesetz bestimmt ist, von einem Mitgliede des Staatsministeriums gegenzeichnet oder unterzeichnet worden sind.

§. 104. Die gesetzgebende Gewalt wird von dem Herzoge in Gemeinschaft mit den Landtagen nach Maaßgabe der in der Verfassung enthaltenen Bestimmungen ausgeübt.

§. 106. Zur Gültigkeit eines Gesetzes ist die Uebereinstimmung seines Inhaltes mit den Beschlüssen des betreffenden Landtages erforderlich; auch kann ohne Zustimmung des betreffenden Landtages kein Gesetz von dem Herzoge suspendirt, aufgehoben, abgeändert oder authentisch interpretirt werden.

§. 107. Jeder Beschluß des Landtages bedarf der Bestätigung des Herzogs, um Gesetzeskraft zu erlangen.

§. 108. Der Herzog verkündet die Gesetze. Zur wesentlichen Form des Gesetzes gehört die Erwähnung der Zustimmung des Landtages zu demselben in den Verkündigungsworten.

§. 128. Der Herzog übt in verfassungsmäßiger Form die Gewalt aus, trifft namentlich die zur Ausführung der Gesetze nöthigen Anordnungen — — — — — — — —

§. 130. Nur in dem Falle, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern

der betreffende Landtag nicht versammelt ist, Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwider laufen, unter dem ausdrücklich bei Verkündigung auszusprechenden Vorbehalt der nachträglichen Zustimmung des betreffenden Landtages, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber dem betreffenden Landtage alsbald bei dessen nächstem Zusammentritt unter Nachweisung der Dringlichkeit und Zweckmäßigkeit derselben zur nachträglichen Erklärung seiner Zustimmung vorzulegen. Erfolgt diese Zustimmung nicht, so tritt die Verordnung sofort wieder außer Kraft.

§. 167. Zur gehörigen Form für alle Verfügungen in Staatsangelegenheiten, welche der Herzog unterzeichnet, oder welche in seinem Namen auf Specialbefehl erlassen worden, ist erforderlich, daß dieselben von einem Mitgliede des Staatsministeriums in Reinschrift contrasignirt, beziehungsweise unterschrieben werden (siehe §. 22).

17. Verfassung der Herzogthums Sachsen-Meiningen vom 23. August 1829.

§. 3. Der Herzog ist erblicher Landesherr oder Oberhaupt des Staats. In seiner Hand vereinigen sich alle Zweige der obersten Staatsgewalt.

§. 5. Das gesammte Herzogthum hat eine gemeinschaftliche landständische Verfassung, bestimmt, durch das Erforderniß ihrer Mitwirkung zu den unten näher bezeichneten Regierungshandlungen in der Staatsverwaltung Festigkeit und Stetigkeit erhalten zu helfen, so wie eine größere Sicherheit des allgemeinen Rechtszustandes zu gewähren.

§. 85. Verordnungen und Gesetze, durch welche nicht blos die organische Einrichtung der Behörden und die Form der Geschäftsführung bestimmt, auch nicht blos die nähere Anordnung zur Ausführung bestehender Gesetze gegeben, sondern wodurch Eigenthum und Freiheit der Unterthanen betroffen, oder eine Veränderung der Abgaben und Rechte herbeigeführt wird, können ohne Beirath und Zustimmung der Stände nicht gegeben oder aufgehoben werden. Jedoch soll dergleichen Gesetzen über Gegenstände des bürgerlichen und peinlichen Rechts und Alles, was nicht den Unterthanen neue Abgaben auferlegt, von den Ständen, an welche sie durch landesherrliche Propo-

sitionen gelangen, nur mit einer Mehrheit von 3 Stimmen über die Hälfte der anwesenden Stimmen die Zustimmung versagt werden. Ueber Steuerbewilligung wie über alle andern Anträge in der Ständeversammlung entscheidet die einfache Mehrheit.

§. 102. Der Landesherr selbst ist über alle persönliche Verantwortung erhaben, alle Regierungshandlungen jedoch müssen unter persönlicher Verantwortlichkeit eines Staatsbeamten geschehen.

§. 103. Zu dem Ende muß eine jede im Namen des Landesherrn ergehende Verfügung von einem Mitgliede des geheimen Rathscollegiums oder des Ministeriums contrasignirt sein, welches für die Gesetzmäßigkeit desselben persönlich verhaftet ist.

18. Grundgesetz für das Herzogthum Sachsen-Altenburg vom 20. April 1831.

§. 4. Der Herzog ist als souverainer Landesherr das Oberhaupt des Staats, vereinigt in sich die gesammte ungetheilte Staatsgewalt, und übt sie unter den in der Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus.

§. 5. Nur von dem Herzoge als Staatsoberhaupt, oder mit seiner Zustimmung und in seinem Namen, werden die verfassungsmäßig gegebenen Gesetze bekannt gemacht.

§. 36. Der Landesherr selbst ist im Lande über alle äußere persönliche Verantwortung für alle seine Regierungshandlungen erhaben, er übt dieselben unter Verantwortlichkeit seines aus mehreren Räthen bestehenden Ministeriums. Zu dem Ende muß eine jede vom Landesherrn ausgehende Verfügung in Regierungssachen die Gegenzeichnung eines Mitgliedes des Ministeriums enthalten, zum Beweise, daß hierüber pflichtmäßiger Vortrag im geheimen Rathe gehalten und die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses erwogen worden sei.

§. 201. Bei allgemeinen neuen Gesetzen, welche die Freiheit der Personen oder das Eigenthum aller Staatsangehörigen, ingleichen die Grundverfassung und die Militairaushebung betreffen, ist ihre (scil. der Stände) Mitwirkung dergestalt erforderlich, daß ohne ihren Beirath und ohne ihre Zustimmung keines erlassen, kein bestehendes unter neuer Be-

lästigung der Unterthanen abgeändert und keines aufgehoben werden kann.

§. 209. Wenn die Stände sich veranlaßt finden, da, wo ihre Zustimmung zur Gültigkeit eines Gesetzes erforderlich ist, dieselbe abzulehnen, so haben sie dies mit Anführung aller ihrer Gründe zu thun, damit der Landesherr den Gegenstand nochmals in Ueberlegung ziehen kann.

§. 210. Allgemeine Landesgesetze, welche nicht die Freiheit der Personen und das Eigenthum aller Unterthanen betreffen, werden den Ständen zu ihrer Begutachtung mitgetheilt. Der Landesherr wird ihre Bemerkungen bei weiterer Erörterung der Sache in Erwägung ziehen und sie benutzen, soweit er es zweckmäßig findet.

§. 211. Reglementarische Verfügungen zur Ausführung bestehender Gesetze, Verordnungen, die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrechte fließen, polizeiliche Anordnungen, insofern sie nicht die Freiheit der Personen oder das Eigenthum aller Unterthanen berühren, oder die Grundverfassung ändern (§. 201), ferner Vorschriften zur Sicherheit des Staats bedürfen der ständischen Begutachtung nicht, der Landesherr kann sie aus besondern Gründen fordern.

§. 206. — — — Im Falle einer nicht auszugleichenden verschiedenen Ansicht zwischen der Staatsregierung und Landschaft über die Auslegung einzelner Punkte tritt ein schiedsrichterliches Verfahren nach Analogie des in der Oberappellationsgerichtsordnung §. 41—44 verordneten ein.

19. Verfassung des Großherzogthums Luxemburg vom 9. Juli 1848.

Durch Verordnung vom 27. Nov. 1856 sind folgende Veränderungen der Verfassung von 1848 getroffen:

Art. 33 ist aufgehoben, und statt dessen bestimmt: Die gesammte Staatsgewalt ist in der Person des König-Großherzogs vereinigt. Der König-

Artikel 33. Dem König-Großherzoge gehört die vollziehende Gewalt in Gemäßheit der Bestimmungen gegenwärtiger Verfassungsurkunden.

Großherzog übt dieselbe aus in Gemäßheit der Satzungen des deutschen Bundes, der gegenwärtigen Verfassung und der Gesetze des Landes. Der König-Großherzog allein übt die vollziehende Gewalt aus.

An die Stelle des zweiten Absatzes des Art. 34 ist die Bestimmung getreten: Er macht so bald als möglich der Ständeversammlung bekannt, ob er den von ihr votirten Gesetzentwurf genehmigt oder nicht.

Art. 34. Der König-Großherzog verkündet und bestätigt die Gesetze, er eröffnet seine Entschließung binnen 3 Monaten nach dem Votum der Kammer.

Art. 36. Der König-Großherzog erläßt die zur Vollziehung der Gesetze nöthigen Verordnungen und Beschlüsse, ohne jemals selbst die Gesetze suspendiren oder von deren Vollziehung entbinden zu können.

Art. 46 ist durch folgende Bestimmung ersetzt: „Die Verfügungen des König-Großherzogs müssen von einem verantwortlichen Rathe der Krone contrasignirt sein, mit Ausnahme folgender Acte:

a) Ernennung und Entlassung der Räthe der Krone und deren Versetzung in den Anklagestand,
b) die Acte des Militairoberbefehls,
c) Ordensverleihungen."

Art. 46. Kein Regierungsact des König-Großherzogs kann von Wirkung sein ohne die Gegenzeichnung eines Regierungsmitgliedes, welches dadurch die Verantwortlichkeit übernimmt.

Art. 47 ist durch folgende Bestimmung ersetzt: Für jedes Gesetz ist die Zustimmung der Stände erforderlich.

Art. 47. Die gesetzgebende Gewalt wird gemeinschaftlich durch den König-Großherzog und die Kammern ausgeübt.

Art. 49 ist ersetzt durch die Bestimmung: Die authentische Auslegung der Gesetze kann nur im Wege des Gesetzes stattfinden.	Art. 49. Die authentische Auslegung gehört nur der gesetzgebenden Gewalt.
Im Art. 99 sind die Worte „allgemeinen und" gestrichen.	Art. 99. Die Obergerichtshöfe und Gerichte bringen die allgemeinen und örtlichen Beschlüsse und Verordnungen nur insofern in Anwendung, als dieselben mit den Gesetzen übereinstimmen.
	Art. 116. Kein Gesetz, kein Beschluß, keine Verordnung der Staats- und Gemeindeverwaltung sind verbindlich, bis sie in der gesetzlich vorgeschriebenen Form veröffentlicht sind.

20. Landesverfassungsgesetz für das Herzogthum Anhalt-Bernburg vom 28. Februar 1850.

§. 72. Ohne Zustimmung des Landtages kann kein Gesetz erlassen, abgeändert oder aufgehoben werden noch eine authentische Gesetzesauslegung gegeben werden.

§. 82. Der Herzog ist das Oberhaupt des Staats, seine Person ist unverletzlich und unverantwortlich. Die Minister sind verantwortlich. Jede Verfügung in Staatsangelegenheiten bedarf zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung wenigstens eines Ministers, welcher dadurch die Verantwortung übernimmt.

§. 83. Der Herzog übt die gesetzgebende Gewalt verfassungsmäßig in Gemeinschaft mit den Vertretern des Volks, die vollziehende Gewalt allein aus. Nur im Falle, wenn die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit, oder die Beseitigung eines ungewöhnlichen Nothstandes es dringend erfordert, können, insofern der Landtag nicht versammelt ist, unter Verantwortlichkeit des Staatsministeriums Verordnungen, die den Bestimmungen der Verfassung nicht zuwider laufen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind aber dem Landtage

bei seinem nächsten Zusammentritte zur Genehmigung sofort vorzulegen. Die zur Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen, sowie die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrecht herfließenden Verordnungen und Verfügungen zu treffen, steht der Staatsregierung ohne Mitwirkung des Landtages zu.

§. 87. — — — — — es tritt kein Landesgesetz in Gültigkeit, bevor es von dem Herzoge sanctionirt und verkündigt worden ist. Die Verkündigung der Gesetze geschieht unter Bezugnahme auf die erfolgte Zustimmung des Landtages.

21. Verfassung des Fürstenthums Waldeck vom 17. August 1852.

§. 3. In dem Fürsten vereinigt sich die gesammte Staatsgewalt, bei deren Ausübung derselbe an die verfassnngsmäßigen Gesetze und die durch gegenwärtige Verfassung bestimmte Mitwirkung der Landesvertreter gebunden ist.

§. 5. Alle Regierungserlasse des Fürsten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung wenigstens eines Mitglieds der Staatsregierung, welches dadurch die verfassungsmäßige Verantwortlichkeit übernimmt.

§. 6. Gesetze können vom Fürsten nur mit Zustimmung des Landtages erlassen, aufgehoben, geändert oder authentisch interpretirt werden.

§. 7. Wenn der Landtag nicht versammelt ist, können in dringenden, keinen Aufschub duldenden Fällen, unter Verantwortlichkeit der Staatsregierung, Verordnungen, welche eine Abänderung der Verfassung, des Wahlgesetzes, der Schwurgerichte und der den Gegenstand des §. 29 bildenden Gesetze nicht enthalten, auch nicht Steuerverhältnisse betreffen, mit Gesetzeskraft erlassen werden. Dieselben sind dem nächsten Landtage zur Zustimmung vorzulegen. Erfolgt alsdann eine Vereinigung nicht, so müssen die erlassenen Verordnungen entweder sofort aufgehoben oder einem innerhalb 3 Monate zu versammelnden neuen Landtage vorgelegt werden. Verweigert auch dieser seine Zustimmung, so erfolgt alsdann die Aufhebung der fraglichen Verordnung.

§. 8. Der Fürst übt die vollziehende Gewalt aus — — — — — — er verkündet die Gesetze mit Bezugnahme auf

die Zustimmung der Stände bez. auf §. 7, und erläßt die zur Ausführung derselben erforderlichen Verordnungen.

22. Oesterreichisches Diplom vom 20. October 1860.

I. Das Recht, Gesetze zu geben, abzuändern und aufzuheben, wird von Uns und Unsern Nachfolgern nur unter Mitwirkung gesetzlich versammelter Landtage, bez. des Reichsraths ausgeübt werden, zu welchen die Landtage die von Uns festgesetzte Zahl Mitglieder zu entsenden haben.

Unter II. und III. folgt die Abgrenzung der Competenz des Reichsraths und der Landtage.

Grundgesetz über die Reichsvertretung vom 21. Februar 1861.

§. 10. Der Wirkungskreis des gesammten Reichsraths umfaßt nach Art. II. des Diploms vom 20. Oct. 1860 alle Gegenstände der Gesetzgebung, welche sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, die allen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich sind.

Der §. 11 bestimmt die Competenz des engern Reichsraths.

§. 12. Gesetzesvorschläge gelangen als Regierungsvorlagen an den Reichsrath. Auch diesem steht das Recht zu, in Gegenständen seines Wirkungskreises (§. 10 und 11) Gesetze vorzuschlagen. Zu allen solchen Gesetzen ist die Uebereinstimmung beider Häuser und die Sanction des Kaisers erforderlich.

§. 13. Wenn zur Zeit, als der Reichsrath nicht versammelt ist, in einem Gegenstand seines Wirkungskreises dringende Maaßregeln getroffen werden müssen, ist das Ministerium verpflichtet, dem nächsten Reichsrathe die Gründe und Erfolge der Verfügung darzulegen.

Landesordnung für das Erzherzogthum Oesterreich ob der Enns.

§. 17. — — — zu jedem Landesgesetze ist die Zustimmung des Landtages und die Sanction des Kaisers erforderlich.

23. Verfassung des Großherzogthums Baden vom 22. August 1818.

§. 5. Der Großherzog vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt, und übt sie unter den in dieser Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus.

§. 64. Kein Gesetz, das die Verfassungsurkunde ergänzt, erläutert oder abändert, darf ohne Zustimmung einer Mehrheit von 2 Dritteln der anwesenden Ständemitglieder einer jeden der beiden Kammern gegeben werden.

§. 65. Zu allen andern die Freiheit der Personen oder Staatsangehörigen betreffenden allgemeinen neuen Landesgesetzen, oder zur Abänderung oder authentischen Erklärung der bestehenden ist die Zustimmung der absoluten Mehrheit jeder der beiden Kammern erforderlich.

§. 66. Der Großherzog bestätigt und promulgirt die Gesetze, erläßt die zu deren Vollzug und Handhabung erforderlichen, die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrecht abfließenden und alle für Sicherheit des Staats nöthigen Verfügungen, reglements und allgemeinen Verordnungen. Er erläßt auch solche ihrer Natur nach zwar zur ständischen Berathung geeignete, aber durch das Staatswohl dringend gebotene Verordnungen, deren vorübergehender Zweck durch jede Verzögerung vereitelt würde.

§. 67. Die Kammern haben das Recht der Vorstellung und Beschwerde. Verordnungen, worin Bestimmungen eingeflossen, wodurch sie ihr Zustimmungsrecht für gekränkt erachten, sollen auf ihre erhobene gegründete Beschwerde sogleich außer Wirksamkeit gesetzt werden.

Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister vom 5. October 1820 *).

§. 1. Jede That, wodurch von einem keiner vorgesetzten Behörde untergeordneten Staatsbeamten die Verfassung oder anerkannt verfassungsmäßige Rechte entweder im Ganzen oder

*) Regierungsblatt des Großherzogthums Baden von 1820 S. 1552.

in einzelnen Punkten wirklich verletzt werden, ist dieser Anklage unterworfen.

§. 4. Die förmliche Anklage — — — kann von den Kammern gegen diejenigen keiner vorgesetzten Behörde untergeordneten Staatsbeamten angestellt werden, welche eine Verfügung oder einen Beschluß, wodurch die Stände die Verfassung oder anerkannt verfassungsmäßige Rechte für verletzt halten, unterschrieben haben. Alle auf die Verfassung oder anerkannt verfassungsmäßige Rechte sich beziehende Verfügungen und Beschlüsse werden daher von einem oder mehreren dieser verantwortlichen Staatsdiener unterzeichnet.

24. Verfassung des Großherzogthums Hessen vom 17 December 1820.

§. 4. Der Großherzog ist das Oberhaupt des Staats, vereinigt in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den von ihm gegebenen in der Verfassungsurkunde festgesetzten Bestimmungen aus.

§. 72. Ohne Zustimmung der Stände kann kein Gesetz, auch in Bezug auf das Landespolizeiwesen, gegeben, aufgehoben oder abgeändert werden. Wenn bei bestehenden Gesetzen die doctrinelle Auslegung nicht hinreicht, so tritt nicht authentische Auslegung, sondern die Nothwendigkeit einer neuen Bestimmung durch einen Act der Gesetzgebung ein.

§. 73. Der Großherzog ist befugt, ohne ständische Mitwirkung die zur Vollstreckung und Handhabung der Gesetze erforderlichen, sowie die aus dem Aufsichts- und Verwaltungsrecht ausfließenden Verordnungen und Anstalten zu treffen und in dringenden Fällen das Nöthige zur Sicherheit des Staates vorzukehren.

§. 110. Abänderungen oder Erläuterungen der Verfassungsurkunde können nie anders als mit Einwilligung beider Kammern geschehen. (Folgen noch nähere Bestimmungen über das hierbei noch nöthige Stimmverhältniß.)

§. 109. — — — — Das Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister und der obersten Staatsbehörden bildet einen integrirenden Theil der Verfassung.

Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister vom 8. Juli 1821 *).

Da Befehle, welche zu gesetzwidrigen Handlungen oder zu Verletzungen Unserer den Ständen gegebenen Zusagen führen könnten, nie von Unserem Willen ausgehen, sondern nur in einem Mißverständniß gegründet sein können, dessen Aufklärung Wir als eine Pflicht Unserer obersten Staatsdiener und Staatsbehörden betrachten, so haben Wir — — für gut befunden, Folgendes gesetzlich zu verordnen:

Folgt dann das Gesetz, welches nur das Verfahren ordnet, ohne eine Bestimmung zu enthalten, daß alle Verfügungen des Landesherrn der Contrasignatur der Minister bedürfen.

25. Verfassungspatent für das Herzogthum Nassau vom 1. Septbr. 1814.

— — — Zu dem Ende legen wir sofort Unsern Landständen nachfolgende Rechte bei:

1) Ohne ihre Einwilligung soll an den, in dem Eingange des gegenwärtigen Edicts erwähnten, die Aufrechterhaltung der bürgerlichen und Gewerbefreiheit, sowie die Gleichheit der Abgaben bezweckenden Gesetzen und Einrichtungen weder von Uns noch von Unsern Regierungsnachfolgern zur Beschränkung der darin bestimmten Rechte jemals einige Abänderungen verfügt werden. Ueberdies sollen wichtige, das Eigenthum, die persönliche Freiheit und Verfassung betreffende neue Landesgesetze nicht ohne den Rath und die Zustimmung der Landstände eingeführt werden.

26. Anhalt'sche Gesammtverfassung. Landschaftsordnung vom 18. Juli 1859.

§. 18. Wir wollen Uns des Beiraths Unsers Gesammtlandtages zu allen das gemeine Wohl und das Beste des Lan-

---

*) Müller's Archiv für die neueste Gesetzgebung S. 264.

des angehenden Gesetzen und zu sonstigen Angelegenheiten, welche Wir für dazu geeignet halten, bedienen.

§. 19. Die Zustimmung der Stände werden Wir zum Erlaß solcher Gesetze einholen, welche eine Abänderung der Landesverfassung und Landschaftsordnung enthalten, Unsere Unterthanen mit neuen Abgaben belasten oder wohlerworbene Rechte insonderheit des Eigenthums einzelner Unterthanen, oder ganzer Klassen derselben, aufheben oder beschränken. Ausgeschlossen von der Zustimmung des Landtages sind jedoch diese Gesetze, soweit sie zur Ausführung der Beschlüsse des deutschen Bundes oder als Ausflüsse bereits bestehender Staatsverträge dienen. — — — — — —

§. 20. Wenn die öffentliche Wohlfahrt, die Sicherheit Unseres Herzogthums und andere dringliche Umstände es erforderlich machen, Gesetze ohne vorherige Vernehmung des Gesammtlandtages zu erlassen, so wollen Wir demselben diese provisorischen Gesetze nachträglich zur Abgabe seines Gutachtens (§. 18) beziehentlich seiner Zustimmung (§. 19) vorlegen lassen. Auch sollen solche Gesetze sofort nach ihrer Veröffentlichung dem landständischen Ausschusse mit dem Anheimstellen vorgelegt werden, ob Seitens desselben die alsbaldige Zusammenberufung eines Landtags für erforderlich erachtet werde.

27. Lippe-Schaumburg'sche Verordnung vom 15. Januar 1816.

§. 2. Die Landstände Unserer Schaumburg'schen Lande sollen folgende Rechte auszuüben haben — — — — — —

2) das Recht, über die zu erlassenden allgemeinen Landesgesetze ihr Gutachten zu geben, und wenn sie auf die Landesverfassung einen wesentlichen Einfluß haben, ihre Einwilligung zu denselben zu ertheilen.

28. Verfassung der Landgrafschaft Hessen-Homburg vom 20. April 1852.

Art. 1. Die zu erlassenden Gesetze sind vor ihrer Sanction im Entwurfe den Bezirksräthen des Landgrafthums regelmäßig zur Berathung vorzulegen. Eine Ausnahme hiervon findet Statt in dringenden Fällen, in Militairangelegenheiten und in

Gesetzen zur Ausführung von Bundesbeschlüssen. Soll ein Gesetz nur für eins der beiden Aemter Gültigkeit haben, so bedarf es nur der Vorlage desselben an den Bezirksrath dieses Amtes.

29. Mecklenburg'scher Erbvergleich vom 15. April 1755.

§. 192. Es theilen sich demnach die Landesordnungen und constitutiones hauptsächlich in zwo Klassen. Zur ersten gehören die, welche unsere Aemter, Domainen und Kammergüter, mithin die darin gesessenen Unterthanen und Unsere eigene in Unsern besondern Pflichten stehende Bediente allerlei Wesens betreffen. Zur andern Klasse aber gehören diejenigen, welche Unsere gesammten Lande mit Inbegriff der Ritter- und Landschaft angehen.

§. 193. Was nun die erste Klasse betrifft, so bleibt Uns und Unsern Nachkommen an der Regierung, darin Verordnungen, Gesetze und constitutiones bester Unserer Gelegenheit und Willkühr zu machen und ergehen zu lassen, allerdings unbenommen und vorbehalten.

§. 194. Anlangend aber die erste Klasse, so theilen sich die darin zu erlassenden Gesetze und Ordnungen wiederum in zween Grund-Sätze, nämlich

1) in solche Verordnungen und Gesetze, welche gleichgültig, jedoch zur Wohlfahrt und zum Vortheil des ganzen Landes absichtlich und diensam sind, und hingegen

2) in solche, welche die wohlerworbenen Rechte und Befugnisse Unserer Ritter- und Landschaft, gesammt oder gesondert, betreffen, jedoch in Ansehung des einen Theils den andern unnachtheilig berühren.

§. 195. Wenn nun in jenen gleichgültigen, es sei in Justiz-, Polizei- und Kirchen-Sachen oder worinnen es wolle, von Uns und Unsern Nachkommen eine allgemeine Landesverordnung und constitution zu erlassen ist, so sollen die von Ritter- und Landschaft auf öffentlichen allgemeinen Landtägen, oder wenigstens, wenn periculum in mora, die Landräthe und der ganze engere Ausschuß darüber mit ihren rathsamen Bedenken und Erachten vernommen werden. Bevor solches erstattet ist, ergeht die Publication der Verordnung nicht.

§. 196. Würde aber das erforderte Bedenken in der dazu von Uns gesetzten, nach Bewandtniß der Umstände räumlich zu gönnenden Zeit nicht eingehen, so bleibt Uns mit der Publication dessen ohnerachtet zu verfahren, allerdings frei und unbenommen.

§. 197. Wir wollen übrigens auf der Ritter- und Landschaft oder der Landräthe und des engern Ausschusses Vernehmlassung und Erinnerungen alle billig mäßige, landesväterliche gnädigste Aufmerksamkeit wenden und im Werk spüren lassen, jedoch Unserm landesfürstlichen hohen juri statuendi mit solcher gnädigen Vernehmung Nichts vergeben.

§. 198. Im letztern Falle aber, da die zu erlassende Verordnungen den Gerechtsamen Unserer Ritter- und Landschaft entgegenlaufen, oder von deren Minderung oder Abänderung die Frage sein sollte, wollen und sollen Wir und Unsre Nachkommen ohne Unsrer Ritter- und Landschaft ausdrückliche Bewilligung Nichts verhängen.

§. 199. Gestalt Wir hiermit in Gnaden zusagen, daß Wir in Landesconstitutionen ohne vorhergegangene öffentliche Anträge und Berathschlagunngen auf allgemeinen Landtägen und darauf erfolgte freie Bewilligung Unserer Ritter- und Landschaft, nicht was, welches ihren habenden Privilegien, reversalen, Gerechtigkeiten und Verträgen zuwider, keineswegs verordnen, noch der Ritter- und Landschaft etwas Neuerliches auflegen, weniger die auf Unsre Domainen und Kammergüter gerichtete constitutiones, auf Ritter- und Landschaft ausziehen, noch darnach in Unsern Gerichten gegen Ritter- und Landschaft erkennen lassen wollen, wie denn Alles, was dem zuwider bisher geschehen, hiermit aufgegeben und abgestellet sein soll.

§. 401. Wenn auch über den Sinn der Landesconstitutionen den Gerichten selbst ein Zweifel vorkommt, soll darob nicht geurtheilet, sondern der Interpretation wegen es ebenfalls wie bei Erlassung allgemeiner Landesverordnungen und Constitutionen in dem 8. Artikel von der landesfürstlichen Gesetzgebungsmacht verglichen ist, gehalten werden.

30. Verfassung von Lippe-Detmold. Verordnung vom 6. Juli 1836 *).

§. 5. Den Landständen werden diejenigen Rechte zuge-

*) Durch Verordnung vom 15. März 1853 wieder hergestellt.

sichert, welche ihnen bis zum Jahre 1805 zugestanden haben, insoweit solche nicht durch das gegenwärtige Gesetz ausdrücklich Modifikationen erleiden.

Patent vom 9. März 1848.

Die verfassungsmäßigen Rechte der Landstände in Finanzangelegenheiten, und die ihnen zustehende Stimme bei der Gesetzgebung, erkennen wir hierdurch ausdrücklich an.

Gesetz vom 16. Januar 1849.

Die dem Wahlgesetze gemäß gewählten Abgeordneten haben bis zur erfolgten Feststellung einer neuen Verfassung sämmtliche den seitherigen Landständen zustehenden und durch Unser Patent vom 9. März 1848 verliehenen Rechte auszuüben.

31. In Reuß ältere Linie

besteht noch die alt landständische Verfassung fort.

32. Die Verfassung von Liechtenstein*) vom 9. November 1818

enthält keine für unsre Frage erheblichen Bestimmungen. Den Ständen steht darnach überall kein Recht der Mitwirkung bei der Gesetzgebung zu. Nur bei Einführung neuer Abgaben steht ihnen ein Recht der Berathung zu.

33. Verfassung der freien und Hansestadt Bremen vom 21. Februar 1854.

§. 56. Der Senat und die Bürgerschaft wirken in Ausübung der Staatsgewalt gemeinschaftlich, soweit nicht verfassungsmäßig ein Anderes festgesetzt ist. Jedoch hat der

*) Die nach den Zeitungen im Jahre 1862 erlassene neue Verfassung für Liechtenstein habe ich nicht erhalten können.

Senat die Leitung und Oberaufsicht in allen Staatsangelegenheiten, sowie die vollziehende Gewalt überhaupt, nach Maßgabe der Verfassung.

§. 57. Demgemäß gehört zum Wirkungskreise des Senats, als der Regierung des Bremischen Staats — — —

l) Publikation der Gesetze und Sorge für deren Vollziehung, namentlich auch Erlaß von Verordnungen zur Handhabung derselben.

m) Verwaltung der Polizei und kraft derselben die Verordnung und Handhabung polizeilicher Vorschriften, welche die Aufrechterhaltung bestehender Ordnung und die nächste Sicherstellung gegen drohende Gefahren betreffen.

§. 58. Gegenstände der gemeinschaftlichen Wirksamkeit des Senats und der Bürgerschaft sind namentlich — — —

b) Erlassung, authentische Auslegung, Abänderung und Aufhebung von Gesetzen (unbeschadet der zu dem besondern Wirkungskreise des Senats gehörigen Erlassung von Polizeiverordnungen in Gemäßheit des §. 57 m).

§. 59. Die Ausübung dieser gemeinschaftlichen Rechte geschieht vom Senat und der Bürgerschaft entweder unmittelbar durch übereinstimmende Beschlüsse, oder mittelbar durch Ausschüsse, welche aus Mitgliedern des Senats und der Bürgerschaft gebildet sind. — — — — — — — — — —

§. 66. Alle Maßregeln, zu denen verfassungsmäßig eine Vereinbarung des Senats und der Bürgerschaft erforderlich ist, können nur mittelst übereinstimmenden Beschlusses derselben zu Stande gebracht werden, und es ist, so oft der Senat und die Bürgerschaft bei Ausübung ihrer gemeinschaftlichen Wirksamkeit hinsichtlich der Zweckmäßigkeit einer das öffentliche Wohl betreffenden Maßregel verschiedener Ansicht sind, eine definitive Entscheidung nur im Wege gegenseitiger Verständigung herbeiführen. Ergiebt sich aber zwischen dem Senate und der Bürgerschaft eine Meinungsverschiedenheit über die Auslegung der Verfassung, eines Gesetzes oder eines sonstigen gemeinschaftlichen Beschlusses, so unterliegt die Streitfrage nach näherer Bestimmung des Gesetzes einer gerichtlichen Entscheidung. Diese Entscheidung hat die Kraft eines gemeinsamen Beschlusses des Senats und der Bürgerschaft. — — —

§. 67 enthält die besonderen Vorschriften über Abänderung der Verfassung.

34. Verfassung für die freie Hansestadt Lübeck vom 29. December 1851.

§. 27. Dem Senate allein ist die Leitung sämmtlicher Staatsangelegenheiten anvertraut, insoweit nicht die nachfolgenden Bestimmungen eine Mitwirkung oder Zustimmung der Bürgerschaft (§§. 51—53) oder des Bürgerausschusses (§. 72) ausdrücklich vorschreiben.

§. 51. Die Mitwirkung der Bürgerschaft ist erforderlich

1. zu jeder Aenderung der Staatsverfassung;
3. zur Erlassung, authentischen Auslegung, Aenderung oder Aufhebung von Gesetzen, sowie von Verordnungen in Handelssachen, polizeiliche Verfügungen und lediglich die Handhabung bestehender Gesetze betreffende Verordnungen werden dagegen vom Senate allein beschlossen; doch ist bei Verkündigung der letzteren stets das Gesetz zu bezeichnen, von dessen Handhabung es sich handelt.

Nach §. 88 ff. wird bei einer Verschiedenheit der Ansichten zwischen Senat und Bürgerschaft über die Auslegung von Gesetzen, die Streitfrage durch das Oberappellationsgericht zu Lübeck entschieden. Betrifft die Meinungsverschiedenheit andere Fragen, und sind der Senat und die Bürgerschaft der übereinstimmenden Ansicht, daß eine Beschlußnahme ohne wesentlichen Nachtheil für das Gemeinwohl keinen Aufschub erleidet, so ist die Meinungsverschiedenheit durch einen Ausspruch einer Entscheidungscommission zu beseitigen. Das dabei zu beobachtende Verfahren wird in den §§. 91—99 bestimmt. Nach §. 100 wird der Ausspruch der Entscheidungscommission in der Versammlung des Senats in Gegenwart des Bürgerausschusses verlesen. „Der Ausspruch gilt sodann als Rath- und Bürgerschluß."

35. Verfassung der freien Stadt Hamburg vom 28. Septbr. 1860.

Art. 19. Der Senat als Inhaber der vollziehenden Gewalt ist die oberste Verwaltungsbehörde, er übt die Aufsicht aus über sämmtliche Zweige der Verwaltung. —

Art. 61. Die Gesetzgebung beruht auf dem übereinstimmenden Beschluß des Senats und der Bürgerschaft. — — — — — — Der Senat verkündet die Gesetze, vollzieht dieselben und erläßt die nöthigen Vollzugsverordnungen.

Der Art. 62 bestimmt, was namentlich als Gegenstand der Gesetzgebung zu betrachten ist.

Art. 71 ff. enthalten über die Schlichtung der Meinungsverschiedenheiten zwischen Senat und Bürgerschaft durch Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck oder eine Entscheidungs-Deputation ähnliche Bestimmungen wie die Verfassung von Lübeck.

Art. 74 schreibt vor, daß die Entscheidung der Entscheidungs-Deputation in zwei gleichlautenden Exemplaren dem Präsidenten des Senats und dem Vorsitzenden der Bürgerschaft zuzustellen und durch den Senat zu publiciren ist.

Art. 77. Die vom Senat und der Bürgerschaft übereinstimmend beschlossenen oder auf dem in Art. 72—75 bezeichneten Wege zu Stande gekommenen Gesetze hat der Senat innerhalb 14 Tagen zu publiciren.

Die Art. 123 ff. enthalten ausführliche Bestimmungen über den bei Verfassungsänderungen einzuschlagenden Weg.

36. Constitutions-Ergänzungsacte der freien Stadt Frankfurt a. M. vom 19. Juli 1816.

Art. 8. Die hiesige christliche Bürgerschaft kann die aus der ihr zustehenden Hoheit fließenden Rechte in ihrer Gesammtheit nicht selbst ausüben. Sie überträgt daher deren Ausübung auf die drei folgenden, aus ihrer Mitte und Autorität ausgehenden Behörden, welche durch die Benennungen

1) der gesetzgebenden Versammlung oder des gesetzgebenden Körpers,
2) des Senats als obrigkeitlichen Collegiums, und
3) des ständigen Bürgerausschusses

bezeichnet werden.

Art 17. Zum Wirkungskreise des gesetzgebenden Körpers gehört

1) die Gesetzgebung überhaupt, doch mit Ausnahme der organischen Grundverfassungsgesetze, als womit es nach Art. 50 zu halten ist. (Folgt eine Aufzählung von Gegenständen, die namentlich zur Gesetzgebung gerechnet werden.)

Art. 25. Dem Senat ist die Executiv-Gewalt und die Stadt- und Justizverwaltung im Allgemeinen als obrigkeitlichem, die ganze Stadt repräsentirendem Collegio anvertraut. Insoweit diese Ergänzungsacte keine Abänderung gemacht hat, sind des Senats Befugnisse wie in der alten Verfassung. Die alte Verfassung bestimmt genau, in welchen Verwaltungsfällen der Senat an die Einwilligung des ständigen Bürgerausschusses gebunden ist, wobei es denn auch sein Bewenden behält.

Art. 50 enthält noch besondere Vorschriften über die Art, wie bei Verfassungsänderungen zu verfahren ist.

Die §. 21—24 des organischen Gesetzes vom 12. Sept. 1843 bestimmen, daß bei einer Verschiedenheit der Ansichten des Senats und der gesetzgebenden Versammlung über die in Art. 17 No. 1—3 und Art. 50 b. der Constitutions-Ergänzungsacte erwähnten Gegenstände eine Ausgleichung durch einen Vermittelungsausschuß zu versuchen ist, daß aber, wenn die Verschiedenheit der Ansichten auf verschiedener Auslegung gesetzlicher Vorschriften beruht, jeder Theil das Recht hat, die Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Anspruch zu nehmen,

1) welche sofort als Gesetz zu veröffentlichen ist und die Kraft authentischer Interpretation hat.

V.

Bemerkungen über die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft

von

Dr. R. Stintzing

in Erlangen.

Es kann bedenklich scheinen, eine Rechtsfrage, über deren Beantwortung Theorie und Praxis des gemeinen Rechts seit längerer Zeit im Wesentlichen einig sind, in skeptische Erörterung zu ziehen, zumal sie an und für sich, trotz hervorragender praktischer Bedeutung, einen besonderen wissenschaftlichen Reiz nicht darbietet. Es ist indeß diese Materie in neuester Zeit von Wächter bei seinen Untersuchungen **de partu vivo non vitali** in den bekannten 5 Programmen (**Lips. 1863—66.** Deutscher Auszug von Fitting im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 50 S. 1 ff.) berührt und in einer zum Theil von andern Civilisten abweichenden Weise erörtert worden, so daß der scheinbare Friede nun doch einmal gebrochen ist. Daher mögen denn auch die nachfolgenden Bemerkungen, welche theils durch Wächter's Untersuchungen, theils durch zwei im hiesigen Spruchcollegium entschiedene Fälle angeregt worden sind, in die Oeffentlichkeit treten. Vielleicht

gelingt es, durch sie einigen Einfluß auf eine Praxis zu üben, welche mir die Interessen der durch die Vermuthung der ehelichen Vaterschaft zu schützenden Personen mehrfach zu gefährden scheint.

1. Die Erklärung Ulpian's in l. 6 D. d. his qui sui 1, 6: „filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur" kann nicht wohl in ihrem wörtlichen Sinne und in der Beschränkung gemeint sein, daß nur Derjenige als Sohn bezeichnet wird, welcher von einem Manne mit seiner Ehefrau erzeugt sei. Denn wenn sie in diesem Sinne auch nicht geradezu eine selbstverständliche Trivialität, sondern eine definitio insofern ist, als hier nicht vom Weibe schlechthin, sondern von der durch Ehe mit dem Manne verbundenen „uxor ejus" gesprochen wird: so steht es doch mit jenem wörtlichen Sinne nicht im Einklang, wenn Ulpian mit „sed" fortfahrend, also in der Absicht, eine Limitation aufzustellen, bemerkt, daß ein nach zehnjähriger Abwesenheit des Ehemannes im Hause vorgefundener anniculus nicht sein Sohn sei: denn gegenüber dem wörtlichen Sinne jenes ersten Satzes ist dies keine Limitation, sondern eine einfache, selbstverständliche Folgerung. Und noch weniger paßt zur wörtlichen Auslegung der dritte Satz, welcher mit einem „non tamen" den zweiten wieder begrenzen und den ersten bestätigen soll, aber nur ausspricht, daß ein Ehemann nicht zu hören sei, wenn er beständig mit seiner Frau gelebt hat und nun einen Sohn nicht als den seinigen anerkennen will — ein Satz, welcher doch keineswegs damit im Einklang stünde, wenn im Anfange das Kindesverhältniß lediglich von der effectiven Thatsache der Zeugung durch den Ehemann abhängig gemacht werden sollte.

Wir müssen daher jenen ersten Satz durch ein verschwiegenes Mittelglied des Gedankens erklären und ergänzen.

Warum soll der Ehemann nicht gehört werden, wenn er den Sohn nicht als den seinigen anerkennen will? Nicht deswegen, weil er ihn erzeugt, sondern nur deswegen, weil das eheliche Verhältniß effectiv bestanden hat. An diesen Satz, daß bei bestehender Ehe das Kind der Frau als vom Ehemanne erzeugtes gilt, muß Ulpian bei seiner Deduction gedacht haben, und in diesem Sinne ist daher auch jener erste Satz zu ergänzen.

Wir haben also hier denselben Gedanken, welchen Paulus in l. 5 D. de in jus voc. 2, 4 in dem wohlbekannten Satze „pater vero is est, quem nuptiae demonstrant" ausdrückt. Der Sinn dieses Satzes ist demnach auch aus der oben besprochenen Stelle zu erläutern und kann daher nicht, wie es wohl geschehen ist, so verstanden werden, daß als Vater Derjenige gelte, von welchem gewiß ist, daß er zur Zeit der Zeugung mit der Mutter verheirathet war, so daß die Anwendbarkeit der Präsumtion von dem Nachweise des Zeitpunkts der Erzeugung abhinge, und sie nur dahin ginge, daß der Ehemann und kein Anderer den Zeugungsact vollzogen habe. Vielmehr soll aus der ehelichen Verbindung geschlossen werden nicht nur, daß Derjenige, welcher Ehemann ist, das Kind erzeugt, sondern auch, daß er es als Ehemann gethan habe, so daß weder über den Zeitpunkt, noch über die Person ein Beweis gefordert wird.

Nicht genau scheint jedoch der Sinn der Präsumtion wiedergegeben, wenn ihn z. B. Donell (Comm. de jure civ. II, 20 § 9) folgendermaßen paraphrasirt: „qui constante matrimonio ex uxore natus est, idem et ex viro tamdiu genitus habetur, quamdiu non probetur ex eo natum non esse". Denn nicht ohne Absicht hat sicherlich Paulus das Wort „nuptiae" statt „matrimonium" gewählt. Nicht das Bestehen der Ehe, sondern ihre Eingehung zeigt

auf den Vater hin; Derjenige ist es, mit welchem die Mutter sich verheirathet hat: daher findet die Präsumtion nicht bloß während dauernder Ehe, sondern auch nach ihrer Auflösung statt. Hier aber ist ihr eine Grenze gezogen: sie gilt nur für die bis zum Ablauf des 10. Monats nach dem Tode des Ehemannes (l. 3 §. 11 **D. de suis 38, 16**) und nur für die bis zum 30. Tage nach der Scheidung geborenen Kinder, während in diesem Falle nach dem 30. Tage die Bestimmungen des **Sc. Plancianum** eingreifen. (l. 1 § 10 **D. d. agnosc. et alend. lib. 25, 3**).

Als Grund für die Aufstellung unserer Präsumtion wird gewöhnlich die Unmöglichkeit, die Thatsache der Zeugung selbst zu beweisen, bezeichnet. Allein wie mir scheint, behauptet man hiermit mehr, als sich rechtfertigen läßt.

Zuzugeben ist die Schwierigkeit des Beweises; zuzugeben ist ferner, daß allerdings der organische Vorgang der Empfängniß zu den nicht wahrnehmbaren und nicht direct erweislichen Geheimnissen der Natur gehört. Allein giebt es nicht ähnliche und andere Thatsachen, deren unmittelbare Wahrnehmung unmöglich ist, die aber dennoch im Civilrechte als beweisbar gelten? Ist nicht fast immer dasselbe Bedenken vorhanden, wenn es sich um die Frage natürlicher, organischer Causalität handelt? Den organischen Vorgang der Vergiftung hat wohl noch Niemand beobachtet; und dennoch werde ich ohne Zweifel mit einer **a. l. Aquiliae** (um beim Civilrecht stehen zu bleiben) durchdringen, wenn ich beweise, daß der Beklagte meinem Hunde Gift in das ihm vorgesetzte Futter gemischt hat, und daß der Hund bald darauf unter den bekannten Symptomen crepirt ist. Das Recht begnügt sich hier mit dem durch die Erfahrung gerechtfertigten **propter hoc, quia post hoc.** Ebensowenig wie innere organische Vorgänge, können psychische wahrgenommen, un-

[illegible] der Ehemann nicht gehört werden, wenn er das Kind nicht als das seinige anerkennen will? Nicht [illegible] weil er [illegible] unseren nur deswegen, weil die [illegible] Vermuthung [illegible] entgegen steht. Der zweite Satz, daß der [illegible] Ehe das Kind der Frau als dem Ehemanne [illegible] Deduction ge[illegible] und in diesem Sinne ist daher auch jener erste Satz zu [illegible].

Wir [illegible] der [illegible] Gedanken, welchen Paulus in L. 5 D. de in jus voc. 2. 4 in dem weltbekannten Satze „pater vero is est, quem nuptiae demonstrant" ausspricht. Der Sinn dieses Satzes ist demnach auch aus der oben [illegible] Stelle zu erklären und kann daher nicht, wie es [illegible] geschehen ist, so verstanden werden, daß als Vater Derjenige [illegible] gewiß ist, daß er zur Zeit der Erzeugung mit der Mutter verheirathet war, so daß die [illegible] der Präsumtion von dem Nachweise des Zeitpunkts der Erzeugung abhänge, und sie nur dahin ginge, daß der Ehemann und kein Anderer den Zeugungsact vollzogen habe. Vermuthet soll aus der ehelichen Verbindung präsumirt werden nicht nur, daß Derjenige, welcher Ehemann ist, das Kind erzeugt, sondern auch, daß er es als Ehemann gethan habe, so daß weder über den Zeitpunkt, noch über die [illegible] ein Beweis gefordert wird.

Nicht genau scheint jedoch der Sinn der Präsumtion wiedergegeben, wenn ihn z. B. Donell (Comm. de jure civ. II, 20 § 9) folgendermaßen paraphrasirt: „qui constante matrimonio ex uxore natus est, idem et ex viro tamdiu genitus habetur, quamdiu non probetur e[illegible] non esse". Denn nicht ohne Absicht hat [illegible] das Wort „nuptiae" statt „matrimo[illegible] das Bestehen der Ehe, sonder[illegible]

auf den Vater hin; Derjenige ist es, mit welchem die Mutter sich verheirathet hat: daher findet die Präsumtion nicht blos während dauernder Ehe, sondern auch nach ihrer Auflösung statt. Hier aber ist ihr eine Grenze gezogen: sie gilt nur für die bis zum Ablauf des 10. Monats nach dem Tode des Ehemannes (l. 3 §. 11 D. de suis 38, 16) und nur für die bis zum 30. Tage nach der Scheidung geborenen Kinder während in diesem Falle nach dem 30. Tage die Bestimmungen des Sc. Plancianum eingreifen. (l. 1 § 14 D. agnosc. et alend. lib. 25, 3).

Als Grund für die Aufstellung unserer Präsumtion wird gewöhnlich die Unmöglichkeit, die Thatsache der Zeugung zu beweisen, bezeichnet. Allein wie mir scheint, sagt man hiermit mehr, als sich rechtfertigen läßt.

Zuzugeben ist die Schwierigkeit des Beweises; zugeben ist ferner, daß allerdings der ... der Empfängniß zu den nicht wahrnehmbaren ... erweislichen Geheimnissen der Natur gehört. ... nicht ähnliche und andere Thatsachen ... Wahrnehmung unmöglich ist, die aber ... situs als beweisbar gelten? Ist nicht ...). de denken vorhanden, wenn es sich ... eisbar-organischer Causalität handelt? ... le statu der Vergiftung hat wohl noch ... onstrare dennoch werde ich ohne Zweifel ... sed eum (um beim Civilrecht stehen ... denkt hier ich beweise, daß der Beklagte ... einwenden vorgesetzte Futter ge... Fall, wel- ... bekannt

... hier ... ie Stelle
... Anm. 121.
... l. 23 D.

V.

Bemerkungen über die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft

von

Dr. R. Stintzing

in Erlangen.

Es kann bedenklich scheinen, eine Rechtsfrage, über deren Beantwortung Theorie und Praxis des gemeinen Rechts seit längerer Zeit im Wesentlichen einig sind, in skeptische Erörterung zu ziehen, zumal sie an und für sich, trotz hervorragender praktischer Bedeutung, einen besonderen wissenschaftlichen Reiz nicht darbietet. Es ist indeß diese Materie in neuester Zeit von Wächter bei seinen Untersuchungen **de partu vivo non vitali** in den bekannten 5 Programmen (**Lips. 1863—66.** Deutscher Auszug von Fitting im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 50 S. 1 ff.) berührt und in einer zum Theil von andern Civilisten abweichenden Weise erörtert worden, so daß der scheinbare Friede nun doch einmal gebrochen ist. Daher mögen denn auch die nachfolgenden Bemerkungen, welche theils durch Wächter's Untersuchungen, theils durch zwei im hiesigen Spruchcollegium entschiedene Fälle angeregt worden sind, in die Oeffentlichkeit treten. Vielleicht

gelingt es, durch sie einigen Einfluß auf eine Praxis zu üben, welche mir die Interessen der durch die Vermuthung der ehelichen Vaterschaft zu schützenden Personen mehrfach zu gefährden scheint.

1. Die Erklärung Ulpian's in l. 6 D. d. his qui sui 1, 6: „filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur" kann nicht wohl in ihrem wörtlichen Sinne und in der Beschränkung gemeint sein, daß nur Derjenige als Sohn bezeichnet wird, welcher von einem Manne mit seiner Ehefrau erzeugt sei. Denn wenn sie in diesem Sinne auch nicht geradezu eine selbstverständliche Trivialität, sondern eine definitio insofern ist, als hier nicht vom Weibe schlechthin, sondern von der durch Ehe mit dem Manne verbundenen „uxor ejus" gesprochen wird: so steht es doch mit jenem wörtlichen Sinne nicht im Einklang, wenn Ulpian mit „sed" fortfahrend, also in der Absicht, eine Limitation aufzustellen, bemerkt, daß ein nach zehnjähriger Abwesenheit des Ehemannes im Hause vorgefundener anniculus nicht sein Sohn sei: denn gegenüber dem wörtlichen Sinne jenes ersten Satzes ist dies keine Limitation, sondern eine einfache, selbstverständliche Folgerung. Und noch weniger paßt zur wörtlichen Auslegung der dritte Satz, welcher mit einem „non tamen" den zweiten wieder begrenzen und den ersten bestätigen soll, aber nur ausspricht, daß ein Ehemann nicht zu hören sei, wenn er beständig mit seiner Frau gelebt hat und nun einen Sohn nicht als den seinigen anerkennen will — ein Satz, welcher doch keineswegs damit im Einklang stünde, wenn im Anfange das Kindesverhältniß lediglich von der effectiven Thatsache der Zeugung durch den Ehemann abhängig gemacht werden sollte.

Wir müssen daher jenen ersten Satz durch ein verschwiegenes Mittelglied des Gedankens erklären und ergänzen.

Warum soll der Ehemann nicht gehört werden, wenn er den Sohn nicht als den seinigen anerkennen will? Nicht deswegen, weil er ihn erzeugt, sondern nur deswegen, weil das eheliche Verhältniß effectiv bestanden hat. An diesen Satz, daß bei bestehender Ehe das Kind der Frau als vom Ehemanne erzeugtes gilt, muß Ulpian bei seiner Deduction gedacht haben, und in diesem Sinne ist daher auch jener erste Satz zu ergänzen.

Wir haben also hier denselben Gedanken, welchen Paulus in l. 5 D. de in jus voc. 2, 4 in dem wohlbekannten Satze „pater vero is est, quem nuptiae demonstrant" ausdrückt. Der Sinn dieses Satzes ist demnach auch aus der oben besprochenen Stelle zu erläutern und kann daher nicht, wie es wohl geschehen ist, so verstanden werden, daß als Vater Derjenige gelte, von welchem gewiß ist, daß er zur Zeit der Zeugung mit der Mutter verheirathet war, so daß die Anwendbarkeit der Präsumtion von dem Nachweise des Zeitpunkts der Erzeugung abhinge, und sie nur dahin ginge, daß der Ehemann und kein Anderer den Zeugungsact vollzogen habe. Vielmehr soll aus der ehelichen Verbindung geschlossen werden nicht nur, daß Derjenige, welcher Ehemann ist, das Kind erzeugt, sondern auch, daß er es als Ehemann gethan habe, so daß weder über den Zeitpunkt, noch über die Person ein Beweis gefordert wird.

Nicht genau scheint jedoch der Sinn der Präsumtion wiedergegeben, wenn ihn z. B. Donell (Comm. de jure civ. II, 20 § 9) folgendermaßen paraphrasirt: „qui constante matrimonio ex uxore natus est, idem et ex viro tamdiu genitus habetur, quamdiu non probetur ex eo natum non esse". Denn nicht ohne Absicht hat sicherlich Paulus das Wort „nuptiae" statt „matrimonium" gewählt. Nicht das Bestehen der Ehe, sondern ihre Eingehung zeigt

auf den Vater hin; Derjenige ist es, mit welchem die Mutter sich verheirathet hat: daher findet die Präsumtion nicht bloß während dauernder Ehe, sondern auch nach ihrer Auflösung statt. Hier aber ist ihr eine Grenze gezogen: sie gilt nur für die bis zum Ablauf des 10. Monats nach dem Tode des Ehemannes (l. 3 §. 11 D. de suis 38, 16) und nur für die bis zum 30. Tage nach der Scheidung geborenen Kinder, während in diesem Falle nach dem 30. Tage die Bestimmungen des Sc. Plancianum eingreifen. (l. 1 § 10 D. d. agnosc. et alend. lib. 25, 3).

Als Grund für die Aufstellung unserer Präsumtion wird gewöhnlich die Unmöglichkeit, die Thatsache der Zeugung selbst zu beweisen, bezeichnet. Allein wie mir scheint, behauptet man hiermit mehr, als sich rechtfertigen läßt.

Zuzugeben ist die Schwierigkeit des Beweises; zuzugeben ist ferner, daß allerdings der organische Vorgang der Empfängniß zu den nicht wahrnehmbaren und nicht direct erweislichen Geheimnissen der Natur gehört. Allein giebt es nicht ähnliche und andere Thatsachen, deren unmittelbare Wahrnehmung unmöglich ist, die aber dennoch im Civilrechte als beweisbar gelten? Ist nicht fast immer dasselbe Bedenken vorhanden, wenn es sich um die Frage natürlicher, organischer Causalität handelt? Den organischen Vorgang der Vergiftung hat wohl noch Niemand beobachtet; und dennoch werde ich ohne Zweifel mit einer a. l. Aquiliae (um beim Civilrecht stehen zu bleiben) durchdringen, wenn ich beweise, daß der Beklagte meinem Hunde Gift in das ihm vorgesetzte Futter gemischt hat, und daß der Hund bald darauf unter den bekannten Symptomen crepirt ist. Das Recht begnügt sich hier mit dem durch die Erfahrung gerechtfertigten propter hoc, quia post hoc. Ebensowenig wie innere organische Vorgänge, können psychische wahrgenommen, un-

mittelbar beobachtet werden. Demungeachtet ist kein Zweifel, daß der Beweis des Irrthums, der Täuschung, möglich ist, indem das Recht sich hier mit derjenigen Gewißheit begnügt, welche der Schluß aus solchen Thatsachen gewährt, die bei einem verständigen Manne eine bestimmte, hier unrichtige Vorstellung zu erwecken pflegen. Die Möglichkeit, daß die Sache sich anders verhalte, die Möglichkeit, daß ein anderer Causalnexus bestehe, ist durch solche Beweise allerdings nicht ausgeschlossen: aber das Recht begnügt sich, bis zum Beweise des Gegentheils, damit, daß der eine als vorhanden nachgewiesen ist.

Mit einem solchen Grade der Gewißheit würde sich das Recht auch wohl bezüglich der Zeugung begnügen können, wenn die Thatsachen des Beischlafs und der in entsprechender Zeit nachfolgenden Geburt erwiesen sind: und wie unsere Praxis sich im Falle der Paternitätsklagen wegen außerehelichen Beischlafs längst dafür entschieden hat [1]), so würde man die theoretische Behauptung des Gegentheils nur dann aufrecht erhalten können, wenn die Quellen sich in diesem Sinne aussprächen.

Die ältere Theorie berief sich nach dem Vorgang der Glosse auf die **Lex Lucius Titius (l. 83 D. d. cond. 35, 1): Lucius Titius ita testamentum fecit: „Aurelius Claudius**

1) Unrichtig scheint es mir, wenn Savigny, System Bd. 2 S. 387. d. sagt, daß nicht die Vaterschaft, sondern die Thatsache des Beischlafs der Grund der Pflicht zur Ernährung des Kindes sei. Wollte man, meint er, aus dem Beischlaf die Erzeugung schließen, so würde man das Widersinnige präsumiren, daß dasselbe Kind wahrhaft von mehreren Vätern erzeugt sein könne. — Allein wenn die Praxis die exc. plurium concumbentium gegen die Alimentationsklage zuläßt, so geschieht es gerade aus dem Grunde, weil nicht Mehrere zugleich Vater sein können. Wäre der Beischlaf der Obligationsgrund, so hätte die Einrede keinen Sinn. Holzschuher (herausg. v. Kuntze) Bd. 1 S. 516 ff.

natus ex illa muliere si filium meum se esse judici probaverit, heres mihi esto". Paulus respondit, filium de quo quaereretur, non sub ea conditione institutum videri, quae in potestate ejus est, et ideo testamentum nullius esse momenti."

Allein es liegt wohl auf der Hand, daß der Jurist die Bedingung des Beweises nicht als eine unmögliche, sondern nur als eine solche bezeichnet, deren Erfüllung nicht von der Willkühr des eingesetzten Sohns abhängt[2]).

In neuerer Zeit ist man mehr geneigt, die Annahme einer Unmöglichkeit des Beweises der Vaterschaft auf die bekannten Aeußerungen der Juristen[3]) über die spurii „qui patrem demonstrare non possunt" und daher „nec patrem habere intelliguntur" zu begründen. Allein daß dies nicht die Ansicht der römischen Juristen war, scheint mir nicht nur aus der Art und Weise, in welcher die quaestio „an ex eo mulier praegnans sit" in Tit. D. de agnosc. lib. 25, 3 mehrfach ohne allen Bezug auf Präsumtionen behandelt wird, hervorzugehen; sondern auch daraus, daß die Thatsache der natürlichen Vaterschaft unter Umständen für den vulgo quaesitus als juristisch relevant bezeichnet wird (l. 14 §. 2 D. de ritu nupt. 23, 2). Unmittelbar aber wird die Beweisbarkeit von Modestinus ausgesprochen in l. 23 D. de statu hom. 1, 5: Vulgo concepti dicuntur qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet. Modestinus denkt hier an eine wirkliche Beweisführung, nicht, wie man einwenden möchte, an eine Präsumtion ex nuptiis: denn der Fall, wel-

2) Von einer nicht potestativen Bedingung versteht die Stelle auch Schmidt, Das formelle Recht der Notherben. S. 42 Anm. 121.

3) Gai. 1 § 64. Ulp. 4 § 2. § 12 J. d. nupt. 1, 10. l. 23 D. d. statu homin. 1, 5.

chen er im Sinne hat, ist der des verbotenen Geschlechtsumgangs, in welchem „nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium intelligitur" (§ 12 I. d. nupt. 1, 10) und folglich von einer Präsumtion nicht die Rede sein kann. Dem spurius ist also der Beweis der Vaterschaft wohl möglich, aber sein Gelingen nützt ihm Nichts für die Frage der Legitimität.

Erinnern wir uns nun zugleich an die Freiheit der römischen Beweistheorie, nach welcher der Richter angewiesen war, „ea sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum opineris" (l. 3 § 2 D. d. testibus 22, 5), so ergiebt sich wohl mit Sicherheit, daß die römischen Juristen nicht von der Annahme, die Vaterschaft sei unbeweisbar, ausgehen. Es kann daher auch diese nicht das Motiv für die Aufstellung der Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant gewesen sein. Wohl aber die nicht zu bestreitende Schwierigkeit des Beweises, jedoch nur unter dem wesentlichen mitwirkenden Einflusse eines höheren Gesichtspunkts, der denn auch niemals ganz verkannt worden ist[4]).

Denn die Schwierigkeiten, welche eine Beweisführung mit sich bringt, sind für sich allein kein ausreichender Grund, um die Forderung des Beweises zu erlassen; vielmehr pflegt nur dann und insoweit dem Beweispflichtigen eine Erleichterung gewährt zu werden, wenn und soweit die Schwierigkeit des Beweises solche Verhältnisse gefährdet, deren Klarheit und Sicherheit im öffentlichen Interesse liegt. Dies öffentliche Interesse ist hier die gute Sitte, die Heiligkeit der Ehe, die Hausehre, die Ruhe der Familie,

4) In der neuesten Schrift, welche diese Frage berührt, v Burckhard, Die civilistischen Präsumtionen S. 337 ff., wird ni die Unmöglichkeit eines (indirecten) Beweises, sondern das unten zeichnete sittliche Moment als Grund für die Aufstellung unse Präsumtion angenommen.

der Schutz der Ehefrau und des Kindes, welche nicht ohne Noth dem widerwärtigen Eindringen in die ehelichen Geheimnisse und den Gefahren einer schwierigen Beweisführung Preis gegeben sein sollen.

Aus den Zeiten der noch unentweihten, streng geschlossenen Familie ist die Annahme, daß der Ehemann auch Vater der Kinder seiner Ehefrau sei, der römischen Jurisprudenz überliefert worden. Und in der That versteht sie sich so sehr von selbst, daß sie der speziellen gesetzlichen Aufstellung kaum bedürfte, und nur die frivolste Behandlung des ehelichen Verhältnisses sie ablehnen könnte. Denn die Kinderzeugung ist nach römischer Anschauung der wesentliche Zweck der Ehe, wie uns die feierliche Bezeichnung der Ehefrau als „uxor liberorum quaerendorum causa“ deutlich meldet. Und was will nun die Präsumtion Anderes sagen, als Dieses, daß die Ehe ihren Zweck erfüllt habe, und die Frau nicht in dem Verdachte zu halten sei, ihre weibliche Ehre Preis gegeben oder gar die eheliche Treue gebrochen zu haben? Nur das quilibet praesumitur bonus, nur die gewöhnliche Annahme der normalen, dem Recht und der Sitte entsprechenden Verhältnisse schlägt hier durch, und wird geltend gemacht zum Schutze einer geweihten Institution gegen unsaubere Untersuchungen und zum Schirme der Kinder gegen die Gefahren einer anstößigen und schwierigen Beweispflicht. Nicht also weil der Beweis der Vaterschaft nicht geführt werden kann, sondern weil es der guten Sitte und gesunden Rechtspolitik widerstreitet, ihn zu fordern, ist die Präsumtion aufgestellt worden. Die Gefahren, welche sie möglicherweise dem Ehemann bringt, übersieht das Recht absichtlich, weil einestheils in seiner Stellung als Herr des Hauses ihm die Macht zu eignem Schutze gegeben, und er andererseits selber zum Schutze der Ehefrau und Kinder verpflichtet ist.

2. Wenn nun diese Präsumtion nicht als eine auffallende Singularität, sondern als ein aus der Natur der Sache sich ergebender und zum Schutz hoher sittlicher und bürgerlicher Interessen bestimmter Satz erscheint, so wird man zwar wohl erwarten dürfen, daß er bei zerrütteten Familienverhältnissen dem Beweise des Gegentheils weichen müsse, nicht aber, daß er durch andere Präsumtionen in seiner Anwendung beschränkt und gefährdet sei. Dennoch ist dies nach der herrschenden Theorie und Praxis der Fall. Die bekannten Aussprüche des Paulus in l. 12 D. d. statu hom. 1, 5 und des Ulpian in l. 3 §. 11. 12 D. de suis 38, 16 werden dahin ausgelegt, daß ein Kind nur dann als eheliches gelte, wenn es nach dem 181. Tage seit Beginn und vor dem 300. Tage seit Auflösung der Ehe zur Welt komme; ein vor dem 182. Tage geborenes Kind brauche der Ehemann nicht als das seinige anzuerkennen und selbst ein im siebenten Monat geborenes dann nicht, wenn es als ein völlig ausgetragenes zur Welt komme[5]).

Wird diese Theorie consequent durchgeführt, so ist dadurch die Präsumtion der ehelichen Vaterschaft auf ein so geringes Maaß zurückgeführt, daß sie ihren Werth zum guten Theil verloren hat. Denn wenn auch der Ehefrau nicht geradezu der Beweis des ehelichen Beischlafs aufgebürdet wird, so bleiben doch die Ehre der Frau und die Rechte des Kindes nicht mehr durch das Dasein der Ehe geschützt, sondern Ehre und Rechtsschutz werden von der Frage, in welchem Zeitpunkte die Entbindung statt finde und in welchem Grade der Reife das Kind zur Welt komme, abhängig gemacht. Sehen wir nämlich von der Bedeutung des 300. Tages ganz ab, so geh

5) Vgl. darüber namentlich Glück, Commentar Bd. 2 S. 100 Bd. 28 S. 131 ff.

die herrschende Theorie von dem Gedanken aus, daß der Zeitpunkt, in welchen die Niederkunft während der Ehe fällt und die Reife der Geburt als Kriterium zur Prüfung der Vaterschaft anerkannt seien, wobei das römische Recht als feste Norm die Unmöglichkeit einer lebensfähigen Geburt vor dem 182. Tage nach der Zeugung aufstelle.

Consequent führt diese Theorie dahin, die Anerkennung der Vaterschaft und ehelichen Geburt in jedem einzelnen Fall von der Prüfung der Reife des Kindes abhängig zu machen: und so ist denn in der That z. B. Hofacker (Principia juris civilis 1 §. 544) dahin gekommen, daß er die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant gar nicht mehr erwähnt [6]).

Gegen mehrere in dieser Theorie enthaltene Sätze ist in neuerer Zeit Widerspruch erhoben worden. Savigny (System Bd. 2 S. 390. h.) will ein an dem 182. Tage der Ehe geborenes Kind auch dann, wenn es völlig ausgewachsen ist, als eheliches betrachtet wissen, dagegen ein vor diesem Tage geborenes selbst dann nicht, wenn die Aerzte wegen des sehr unreifen Zustandes eine Erzeugung in der Ehe für möglich hielten. Wächter (de partu vivo non vitali §. 6. 7) stimmt ihm in dem ersten Punkte zu, will also eine Prüfung des Grades der Reife bei einem nach dem 181. Tage geborenen Kinde nicht zulassen; was dagegen den zweiten Punkt betrifft, so soll der Vater die Anerkennung eines vor dem 182. Tage geborenen Kindes nur dann verweigern dürfen, wenn es ein partus perfectus, d. h. ein lebensfähiges Kind ist.

Meines Erachtens aber ist es mit diesen Einschränkungen

---

6) Aehnlich Cocceji Jus civile controversum. Lib. 1 tit. VI.

der überlieferten Theorie nicht gethan, sondern man wird sie auf eine andere Grundlage zurückführen und nach andern Gesichtspunkten behandeln müssen, um den Ansichten der römischen Juristen gerecht zu werden. In der Hauptsache hat, wie mir scheint, hierin Donellus das Richtige[7]) getroffen, wenn er (Comm. jur. civ. II cap. 20 § 9. 10) die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant ohne Einschränkung für alle (wie er ungenau sagt „constante matrimonio") seit Eingehung der Ehe geborenen Kinder bis zum klaren Beweise des Gegentheils gelten läßt[8]).

Nach dem heutigen Stande der Theorie werden wir folgende Fragen zu untersuchen haben:

1) Ist die Anwendung der Präsumtion im concreten Falle abhängig von dem Grade der Reife, in welchem das Kind zur Welt kommt?

2) Hat das römische Recht eine sogenannte kritische Zeit in dem Sinne aufgestellt, daß das nach dem 181. Tage der Ehe geborene Kind unbedingt für ehelich, das vorher geborene unbedingt für unehelich gilt?

3) Welcher Gegenbeweis ist zulässig gegen die Präsumtion?

3. Die Beantwortung dieser Fragen hängt zunächst ab von der Auslegung der bekannten Stellen, in welchen von einem nach dem 181. Tage geborenen partus per-

7) Weiter noch als Donellus geht Stryck, Usus med. lib. 1 tit. 6 § 13. 14, indem er die Bestimmung der l. 11 C. de not. lib. 5, 27 mit hereinzieht.

8) Ausgeschlossen bleibt von der folgenden Erörterung die au l. 3 § 11 D. de suis et legit. 38, 16 beruhende unzweifelhafte Bestimmung, daß die nach Ablauf des 10. Monats seit dem Tode d Ehemanns geborenen Kinder nicht als eheliche gelten.

fectus die Rede ist. Wir lassen dabei die Streitfrage unerörtert, ob unter dem partus perfectus ein lebendes, oder ein lebensfähiges Kind zu verstehen sei, ob zur Dokumentirung der für die Rechtsfähigkeit erforderten Lebensfähigkeit die Thatsache des Lebens nach der Trennung vom Mutterleibe genüge, oder ob dazu ein ärztliches Gutachten über die zur Fortsetzung des Lebens genügende Reife nöthig sei?

l. 12 D. d. statu hom. 1, 5. Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis; et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse.

Paulus läßt den Hippokrates nicht sagen: im siebenten Monat könne ein partus perfectus geboren werden, sondern: „nasci perfectum partum", d. h. ein im 7. Monate geborener partus ist (nämlich erfahrungsmäßig) ein perfectus [9]). Aber allerdings wenn es so ist, dann kann es auch so sein, und diese Möglichkeit genügt dem Juristen, um den anerkannten medizinischen Erfahrungssatz zur Grundlage des Rechtssatzes zu verwenden, daß ein im siebenten Monate aus rechter Ehe geborenes Kind für ein eheliches zu halten sei. Es liegen darin zwei Präsumtionen: erstens diese, daß das Kind nach Begründung der Ehe, und zweitens diese, daß es vom Ehemann erzeugt sei. Von einer genaueren Untersuchung der Zulässigkeit dieser Präsumtionen im einzelnen Falle ist nicht die Rede. Ein höherer oder geringerer Grad der Reife ist nicht unterschieden und also dem Juristen gleichgültig.

---

9) Der Satz Septimo mense nasci perfectum partum bedeutet wörtlich so viel als: partus, qui septimo mense nascitur, perfectus est; dies ist receptum, anerkannt: aber nicht als Rechtssatz, sondern als medizinischer Erfahrungssatz.

Denn es war nicht seine Absicht, die Präsumtion ehelicher Vaterschaft allgemein der Prüfung durch die medizinische Technik zu unterwerfen, sondern er nimmt den medizinischen Erfahrungssatz als feststehenden an, welcher zur Unterstützung und Aufrechterhaltung derselben dienen kann.

Wir sind aber auch nicht befugt, a contrario zu argumentiren. Schon der Satz des Hippokrates enthält nicht die umgekehrte Behauptung, daß die Geburt eines partus perfectus vor dem 182. Tage unmöglich sei. Denn von Möglichkeit oder Unmöglichkeit spricht Hippokrates überhaupt nicht, sondern er bezeugt nur die ihm aus seiner Erfahrung bekannte Thatsache, daß ein 6 Monate lang getragenes Kind als perfectus partus zur Welt komme. Es ist dadurch allerdings implicite die Möglichkeit bezeugt, aber keineswegs als eine ausschließliche [10]). Kein gewissenhafter Arzt wird behaupten, daß eine Entwicklungsstufe, welche nach seiner Erfahrung am 182. Tage erreicht zu sein pflegt, nicht auch einige Tage früher erreicht sein könne. Logisch folgt aus der Behauptung der Möglichkeit des Einen nicht die Leugnung der Möglichkeit des Andern; vielmehr bleibt als Drittes ein „non liquet" übrig: und so ist die Erklärung des Hippokrates zu verstehen, welche das Eine bestätigt, ohne das Andere zu berühren.

Ebenso hat denn auch Paulus sich nicht nach beiden Seiten hin entschieden. Er benutzt den Erfahrungssatz des Arztes, um darauf eine Vermuthung zu Gunsten des Kindes zu gründen; er deutet dagegen in keiner Weise an, daß

10) Es ist hier wie mit allen Erfahrungssätzen: sie bestätigen das Wahrgenommene als Regel. Aber so wenig Hippokrates sagen wollte, ein im 7. Monat geborenes Kind sei immer perfectus partus, ebensowenig wollte er sagen, daß ein früher geborenes es niemals sei.

aus demselben Satze auch eine Vermuthung zu Ungunsten des Kindes hergeleitet oder gegen dasselbe argumentirt werden dürfe. Und doch müßte man eine Aeußerung in diesem Sinne erwarten, wenn er wirklich der Meinung war, daß auf Grund der Erfahrung des Hippokrates die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** der Beschränkung durch eine Gegen-Vermuthung unterliegt.

Daß Paulus diese Folgerung hätte ziehen können, ist bei anderer Auffassung möglich: aber als Rechtssatz haben wir nur diejenige Folgerung, welche wirklich gezogen ist, als Präsumtion nur diejenige, welche positiv ausgesprochen ist, gelten zu lassen. Die Präsumtion für den einen Fall enthält nicht zugleich eine Präsumtion für den entgegengesetzten [11]).

l. 3 § 11. 12. D. d. suis 38, 16. Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem. De eo autem, qui centesimo octogesimo secundo die natus est Hippocrates scripsit et Divus Pius pontificibus rescripsit, justo tempore videri natum, nec videri in servitute conceptum, cum mater ipsius ante centesimum octogesimum secundum diem esset manumissa.

Den ersten Theil der Stelle (§ 11), in welchem ein später als 10 Monate nach dem Tode des Ehemanns geborenes Kind von der Intestaterbfolge ausgeschlossen wird, können wir übergehen. Der zweite Theil giebt uns Kenntniß von einem auf die Autorität des Hippokrates gebauten Rescripte Antonins, in welchem erklärt wird, daß ein am 182. Tage geborenes Kind „**justo tempore videri natum.**“ Da es sich um ein ärztliches Gutachten handelt, welches der Kaiser seinem Rescripte zu Grunde legt, so kann „**justum tempus**“ hier nicht wohl so viel als „**legitimum**“ bedeuten

11) Vgl. Burckhard a. a. O. S. 358 ff.

sondern es ist von der nach Naturgesetzen richtigen Zeit zu verstehen, und zwar „richtig" in dem Sinne, daß sie erfahrungsmäßig für einen **perfectus partus** genügt. Die rechtliche Entscheidung aber geht dahin, daß das Kind einer vor mehr als 182 Tagen vor seiner Geburt freigelassenen Mutter, nicht als in der Sclaverei empfangen zu betrachten sei. Die hier zu Grunde liegende Argumentation ist diese: weil nach Ansicht des Hippokrates das Kind so spät gezeugt sein kann, daß die Empfängniß in die Zeit nach der Freilassung fällt, darum soll zu Gunsten des Kindes angenommen werden, daß es wirklich nicht früher erzeugt sei. Die Annahme einer früheren Conception also wird ohne nähere Unterscheidung der besonderen Umstände zurückgewiesen, weil solche nach der Autorität des Hippokrates nicht nothwendig ist, und seine Meinung wird auch hier, wie in der eben besprochenen Stelle, lediglich zu Gunsten des Kindes verwendet. Ein **argumentum a contrario** ist auch hier nicht begründet. Aber allerdings liegt die Sache hier insofern ganz anders, als es sich nicht um einen Fall handelt, in welchem dem Kinde schon an und für sich eine Präsumtion zur Seite steht, da nicht die eheliche Zeugung, sondern die Empfängniß in dem Stande der Freiheit fraglich ist. Es kommt daher überhaupt dieser Stelle nur eine mittelbare Beweiskraft in unserer Frage zu.

Sollte es nun aber zufällig sein, daß wir in unsern Quellen keine Stelle finden, in welcher aus des Hippokrates Meinung zu Ungunsten der Kinder, gegen die Annahme ehelicher Zeugung, argumentirt wird? Zufällig, daß in keiner Stelle der allgemeine Satz „**pater est quem nuptiae demonstrant**" als ein durch die vielfach erörterten [12]) und allgemein

12) S. darüber die umständlichen Ausführungen und Belege bei Glück a. a. O.

bekannten Erfahrungssätze des Hippokrates limitirter dargestellt wird?

Eine Argumentation zu Ungunsten des Kindes würden wir mit Sicherheit erwarten dürfen in der bekannten **l. 6 D. de his qui sui 1, 6**, welche von dem Beweise gegen die Vermuthung der Vaterschaft handelt. Allein derselbe Ulpian der im 14. Buche zum Sabinus (l. 3 D. 38, 16) jener Präsumtion zu Gunsten der Kinder gedenkt, ist weit entfernt davon, im 9. Buche desselben Werks (l. 6 D. 1, 6) auf die Ansicht des Hippokrates hinzuweisen, wo es sich um den Gegenbeweis handelt. Wer fortwährend mit seiner Frau gelebt hat, meint Julian nach Ulpian's Bericht, dem ist kein Gehör zu schenken, wenn er einen von ihr geborenen Sohn nicht als den seinigen anerkennen will. Wohl aber ist er dann zur Ablehnung der Anerkennung berechtigt, wenn er zehn Jahre abwesend war und bei seiner Heimkehr ein einjähriges Kind, oder, wie es in **l. 1 § 14 D. d. agnosc. lib. 25, 3** heißt, wenn er lange Zeit abwesend war und bei der Heimkehr seine Frau in Schwangerschaft vorfindet. Aber auch dann, fügt Ulpian unter Berufung auf Scävola hinzu, ist der Ehemann, obgleich er mit seiner Frau lebte, das in seinem Hause **vicinis scientibus** geborene, also nicht untergeschobene Kind, als das seinige anzuerkennen nicht schuldig, wenn es feststeht, daß er wegen Krankheit oder aus einem andern Grunde eine Zeit lang seiner Frau nicht beigewohnt habe, oder an einer Krankheit litt, die ihn zeugungsunfähig machte.

Die Juristen sind also darüber einverstanden, daß der Ehefrau und ihrem Kinde die Vermuthung **pater est quem nuptiae demonstrant** schützend zur Seite steht; daß diese zwar durch Gegenbeweis entkräftet werden kann, aber nur durch den Nachweis von Umständen, welche die Vaterschaft

als unmöglich darstellen. Zu diesen gehört auch „**maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse.**“ **Aliquamdiu** bedeutet an sich weder eine lange, noch kurze Zeit. Daß damit auch nicht jeder beliebige Zeitraum gemeint sein kann, sondern nur ein solcher, welcher zur nachfolgenden Geburt im naturgemäßen Verhältniß steht, liegt auf der Hand. Auf eine gesetzliche „kritische Zeit“ wird aber nicht hingewiesen, und daß sie nicht stillschweigend gemeint sein kann, ergiebt der Zusammenhang. Denn die Juristen würden sicherlich nicht von einer Abwesenheit „**per decennium**“ [13]) oder „**longo tempore**“ reden, wenn die Abwesenheit innerhalb der sogenannten kritischen Zeit genügte, oder der Ehemann sich, um die Unmöglichkeit der Vaterschaft darzuthun, darauf berufen könnte, daß er bis zum 182. Tage vor der Geburt den Beischlaf zu vollziehen außer Stande gewesen.

Eine juristische Norm über die entscheidende Zeit wird überhaupt nicht aufgestellt, sondern es ist nur davon die Rede, daß im concreten Fall die Unmöglichkeit der Vaterschaft constatirt werden könne. Hätte aber Ulpian eine gesetzlich normirte Zeit im Sinne gehabt, so würde er gewiß hier, wo er die Meinung Julian's limitiren wollte, auf diese bestimmt hingewiesen haben, anstatt das unbestimmte **aliquamdiu** zu gebrauchen.

Es fragt sich nun aber, welche Bedeutung dann überhaupt jene auf die Autorität des Hippokrates gebaute Präsumtion haben solle?

Wir wissen aus zahlreichen Zeugnissen, daß zur Zeit der classischen Juristen und vorher vielfach darüber verhandelt worden ist, ob ein **perfectus partus** im siebenten Monate zur

---

13) Auch wenn hier, wie Manche wollen, „**per biennium**“ zu lesen wäre, stünde es nicht anders.

Welt kommen könne, und es ist nicht zu bezweifeln, daß man sich in gegebenen Fällen, um die Anerkennung eines Kindes abzulehnen, auf solche Autoritäten berufen hat, welche die Unmöglichkeit eines **perfectus partus** im Beginn des siebenten Monats behaupteten. Solchen Zweifeln gegenüber sagt Paulus, daß das Gegentheil, nämlich die Erfahrung „**partum perfectum nasci septimo mense**“ „**jam receptum**“ sei, und daß der Richter danach zu entscheiden habe.

Die Bedeutung des Satzes ist demnach diese, daß jede Deduction gegen die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** ausgeschlossen ist, welche darauf hinausläuft, daß das Kind als ein reifes im siebenten Monate zur Welt gekommen sei. Er dient also dazu, jene allgemeine Vermuthung zu stützen, nicht sie einzuschränken oder zu erschüttern.

4. Es ergiebt sich nun hieraus, daß wir vor Allem die erste der oben aufgestellten Fragen verneinen müssen. Die römischen Juristen sagen nirgends, daß die Vermuthung der Vaterschaft von dem der Dauer der Ehe entsprechenden Grade der Reife abhängig sei. Es ruht diese Ansicht auf einer unzulässigen Argumentation aus den Erwägungen, welche die römischen Juristen zu dem oben besprochenen Satze geführt haben. Weil diesem eine medicinische Erfahrung zu Grunde liegt, so glaubt man im Sinne der Juristen zu argumentiren, wenn man der ärztlichen Kunst auch noch die weitere Entscheidung im einzelnen Falle anheimstellte. Allein man übersieht dabei, daß man auf diesem Wege zu Resultaten gelangt, welche mit der Ansicht Derjenigen, in deren Sinne man zu argumentiren glaubt, im Widerspruche stehen: denn man erschüttert dadurch ein von ihnen festgehaltenes wichtiges juristisches Princip, und erkennt die medicinische Wissenschaft in einem von den Juristen durchaus nicht gebilligten Grade als entscheidende Instanz über rechtliche Zustände an. Ja, man be-

kämpft eigentlich die legislatorische Basis der Präsumtion, den anerkannten Satz des Hippokrates, mithin unzulässigerweise die Präsumtion selbst.

Allerdings wird in der Theorie von Hofacker, Glück u. A. der Satz, welchen wir als erste Frage hingestellt haben, nicht in dieser, sondern in einer weniger anstößigen Form ausgesprochen. Allein in der That kommt es auf dieses Resultat hinaus, wenn gelehrt wird, daß nicht nur das vor dem 182. Tage als lebensfähiges, sondern auch das nachher in einem nicht entsprechenden Grade der Reife geborene Kind für ehelich nicht zu halten sei. Es ist im Grunde dasselbe, als wenn man sagte, der Tag der Zeugung müsse nöthigenfalls durch ärztliches Gutachten nach dem beobachteten Grade der Reife festgestellt werden, während es doch gerade die Intention des römischen Rechts ist, diese höchst bedenkliche Beweisführung auszuschließen.

5. Was aber die zweite Frage betrifft, in welchem Sinne das römische Recht eine sogenannte kritische Zeit aufstelle, so scheint mir zunächst Wächter vollkommen im Rechte zu sein, wenn er die Meinung bekämpft, daß ein vor dem 182. Tage geborenes Kind unbedingt nicht als eheliches anzuerkennen sei. Denn diese Ansicht läßt sich nicht einmal durch ein argumentum a contrario aus der l. 12 cit. rechtfertigen. Wenn nämlich Paulus hier auf Grund der Autorität des Hippokrates annimmt, daß ein im siebenten Monate geborener partus perfectus in der Ehe erzeugt sei, so ist das contrarium nur Dieses, daß ein perfectus partus, der vorher zur Welt kommt, es nicht sei; nicht aber Dieses, daß auch ein partus non perfectus nicht ehelich gezeugt sei. Von dem partus non perfectus ist weder ausdrücklich, noch stillschweigend die Rede, und zwar wohl deshalb nicht, weil es gewiß niemals zweifelhaft ge-

wesen ist, daß ein solcher zu jeder Zeit, also auch vor dem 182. Tage zur Welt kommen könne, mithin gar kein Grund bestand, seine eheliche Erzeugung zu bezweifeln. Es versteht sich daher von selbst, daß es hier bei der allgemeinen Präsumtion der Vaterschaft sein Bewenden behält.

Für den Fall dagegen, wenn vor dem 182. Tage der Ehe ein **perfectus partus** geboren wird, soll nach der allgemein herrschenden und auch von Wächter gebilligten Ansicht das Kind nicht als eheliches gelten, weil „es nach Maßgabe der kritischen Zeit aus ehelichem Beischlafe nicht stammen könne."

Nach meiner Meinung ist dieser Satz in den Quellen nicht begründet.

Es ist oben ausgeführt worden, daß die römischen Juristen nicht sagen, „die Geburt eines **partus perfectus** vor dem 182. Tage sei als unmöglich anzusehen" und daß dieser Satz auch keineswegs mit logischer Nothwendigkeit aus der juristischen Verwendung des medicinischen Gutachtens zu Gunsten der Möglichkeit nach dem 182. Tage folgt.

Die Aufstellung sogenannter kritischer Tage für Processe der organischen Natur hat, wie allgemein anerkannt ist, überhaupt etwas Bedenkliches; denn kein gewissenhafter Naturforscher wird zu behaupten wagen, daß ein Entwickelungsstadium, welches am 182. Tage erreicht zu werden pflegt, nicht unter Umständen auch schon einige Tage früher erreicht sein könne. Es ist daher wohl erklärlich und gerechtfertigt, wenn ein Jurist die Berufung auf einen sogenannten kritischen Tag zurückweist, wo sie zur Anfechtung einer Präsumtion verwendet werden wollte; auch ist es begreiflich, wenn das erfahrungsmäßig Wahrscheinliche als gewiß angenommen wird, um eine wohlthätige Präsumtion in ihrer Anwendung zu unterstützen. Nicht zu rechtfertigen ist dagegen das umgekehrte Ver-

fahren, welches darin besteht, das Unwahrscheinliche und Ungewöhnliche für unmöglich zu erklären, um nicht nur die Anwendbarkeit jener Präsumtion einzuschränken, sondern sogar ein möglicherweise wirklich begründetes Recht abzuschneiden. Es wird dadurch nicht nur den Naturgesetzen Gewalt angethan, sondern auch den Rechtsprincipien. Denn mit welchen Rechtsgründen kann es vertheidigt werden, daß ein wirklich vom Ehemanne erzeugtes, aber schon am 181. Tage der Ehe geborenes Kind nicht von ihm erzeugt, kein eheliches sein soll?

Allgemeine Gründe, welche diese Abnormität rechtfertigen könnten, sind nicht zu finden. Im Gegentheil sprechen dieselben Erwägungen, welche zur Aufstellung des Satzes **pater est quem nuptiae demonstrant** geführt haben, dagegen, ihn durch einen andern zu beschränken. Und wenn Wächter mit vollem Rechte an diese Erwägungen bei der Frage über den **partus non perfectus** erinnert, so wird er ihr Gewicht noch weniger in Abrede stellen können, wo es sich um den **perfectus partus**, mithin nicht bloß um die Ehre der Frau, sondern auch um das Schicksal des (nach seiner Ansicht: allein) rechtsfähigen Kindes und alle die Folgen, welche sich an sein, wenn auch vielleicht nur kurzes Leben knüpfen, handelt. Dagegen ist keiner von denjenigen Gründen, welche die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** veranlaßt haben, und keine von den Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit hinweggefallen; wir können sie daher nicht als beseitigt ansehen, wenn uns die Quellen nicht dazu zwingen. Daß solcher Zwang nicht vorliegt, ergiebt die obige Auslegung der entscheidenden Stellen.

Es scheint mir aber auch die in neuerer Zeit zu allgemeiner Geltung gelangte Ansicht, daß die Vitalität eines Kindes nicht vom Rechte präsumirt werde, mit Nothwendigkeit auf die hier vertretene Auslegung der Pandektenstellen zu führen. Denn wenn Paulus und Ulpian in diesen nicht

sagen, daß bei einem partus mit dem 182. Tage die Lebensfähigkeit präsumirt werde, so sagen sie sicherlich auch nicht stillschweigend das contrarium, daß bei einem partus vor jenem Tage die Lebensunfähigkeit anzunehmen sei. Und doch kann man dieser Interpretation nicht ausweichen, wenn man in den Stellen den Satz finden will, daß ein vor dem sogen. kritischen Zeitpunkte geborenes Kind, wenn es lebensfähig ist, als vor der Ehe erzeugtes angesehen werden müsse. Denn man kann zu diesem Satze lediglich nur gelangen durch das Mittelglied der Präsumtion gegen die Lebensfähigkeit eines partus vor dem 182. Tage. Die Verwerfung dieser Präsumtion aber hat mit Nothwendigkeit auch die Verwerfung der Präsumtion gegen die eheliche Zeugung zur Folge, und umgekehrt wird man jene nicht eher aus unserer Theorie gründlich beseitigt haben, bis man auch diese aufgiebt. Man muß ein für alle Mal dabei stehen bleiben, daß der Satz des Hippokrates nur in dem Sinne eines Erfahrungssatzes, welcher zur Basis eines Rechtssatzes verwendet ist, „receptum“ sei. Verläßt man diesen Standpunkt, so gelangt man nothwendig dahin, die Meinung des Hippokrates selbst zu einem Rechtssatze zu erheben, mithin über die Thatsache der Lebensfähigkeit juristisch nach der Dauer der Schwangerschaft oder gar der Ehe zu entscheiden.

Nehmen wir den Fall: ein Ehemann wird bald nach der Hochzeit zur Landwehr eingezogen und fällt in der Schlacht; die erschütternde Nachricht bringt bei der schwangern Wittwe eine Frühgeburt am 180. Tage zu Wege; das Kind lebt. Nach Savigny's Meinung würde dieses Kind unwiderleglich als außereheliches gelten; nach Wächter's Ansicht würde die Entscheidung von dem Gutachten der Aerzte abhängen: erklären sie es für lebensfähig, so wäre es als uneheliches zu betrachten. Nach meiner Meinung gilt auch dieses Kind bis

zur Führung des Gegenbeweises als ehelich erzeugt: denn da es nach Eingehung der Ehe geboren ist, so steht ihm die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** zur Seite und eine Präsumtion gegen die eheliche Zeugung giebt es nicht. Wittwe und Kind würden also hier geschützt sein.

Eigenthümlich ist die Stellung, welche Burckhard a. a. O. S. 359 ff. zu dieser Frage einnimmt. Er will es durchaus nicht gelten lassen, daß das Gegentheil einer Präsumtion selbst wieder präsumirt werde, wenn die Voraussetzungen jener **in concreto** nicht vorhanden sind, mithin solle und könne im vorliegenden Falle keineswegs die Präsumtion Platz greifen, daß das Kind außerehelich erzeugt sei. Allein da dem im sechsten Monate geborenen Kinde die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** nicht zur Seite stehe, so würde es den Beweis der ehelichen Zeugung zu führen haben; dieser Beweis sei aber aus physischen Gründen unmöglich — und daher müsse das Kind als uneheliches gelten.

So richtig wie der erste Theil dieser Deduction scheint, so wenig begründet scheint mir der zweite. Denn da die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** ihrem quellenmäßigen Ausdrucke nach keine andere Voraussetzung hat als die Eingehung der Ehe, so ist nicht einzusehen, wie man **a priori** bestreiten kann, daß sie auch bei einem im sechsten Monate geborenen Kinde zur Anwendung komme. Nur durch eine ausdrückliche besondere Bestimmung könnte sie hier ausgeschlossen sein. In dem Satze aber „**credendum est eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse**“ liegt, wie gezeigt wurde, eine solche Ausschließung an sich nicht, da ein logischer Gegensatz zu der Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** nicht besteht. Nur dann würde dieser zum Vorschein kommen, wenn man jenen Satz in sein Gegentheil: **qui ante septimum mensem natus**

est, justum filium non esse" umsetzte. Da aber Burckhard diese Negative selbst nicht gelten lassen will, so fällt damit auch seine Behauptung, daß die Präsumtion pater est quem nuptiae demonstrant hier nicht anwendbar sei; und es tritt auch nicht die durch ihn gutgeheißene Abnormität ein, daß das Recht einem wirklich in der Ehe erzeugten Kinde seine Statusrechte durch die vorausgesehene Unmöglichkeit der Beweisführung raubt.

6. Die dritte Frage, welche wir oben aufstellten: welcher Gegenbeweis gegen die Vermuthung der Vaterschaft zulässig sei, ist im Allgemeinen mit der herrschenden Ansicht dahin zu beantworten, daß die Unmöglichkeit der Zeugung dieses Kindes durch den Ehemann dargethan werden muß. Die bloße Möglichkeit, ja selbst die Wahrscheinlichkeit, daß es sich anders verhalte, als die juristische Präsumtion annimmt, kann zur Entkräftung nicht genügen [14]. Daher hat es denn kein Gewicht, wenn der Ehebruch der Frau nachgewiesen wird, „cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse" (l. 11 §. 6 D. ad l. Jul. d. adult. 48, 5. l. 29 D. d. probat. 22, 3).

Kann aber der Gegenbeweis geführt werden durch den Nachweis, daß das Kind mit einem höheren Grade der Reife zur Welt gekommen sei, als es seit Eingehung der Ehe erlangen konnte? Lassen wir diesen Beweis allgemein zu, so gelangen wir auf einem Umwege wieder zu jener oben bekämpften Theorie, welche die Anerkennung der Vaterschaft von dem mit der Dauer der Ehe übereinstimmenden Grade der Reife abhängig macht, nur daß die Beweislast sich anders vertheilte.

---

14) Vgl. darüber Burckhard, Die civilist. Präsumtionen S. 337. 342 f.

Meines Erachtens aber ist diese Gegenbeweisführung für den Fall unzulässig, wenn das Kind nach dem 181. Tage der Ehe zur Welt kommt.

An und für sich zwar müßte es zum Gegenbeweise genügen, wenn ein ärztliches Gutachten ein im Anfange des siebenten Monats geborenes Kind für ein mindestens neun volle Monate getragenes und seine Zeugung vor nicht mehr als 181 Tagen für unmöglich erklärte. Denn wenn wir es auch für widersinnig halten, die Aerzte über den Tag der Zeugung entscheiden zu lassen, so verdient doch die medicinische Technik vollen Glauben, wo sie sich bescheidet, die Zeit der Zeugung nur annähernd nach Monaten zu bestimmen. Allein die ganze Art dieser Beweisführung ist ausgeschlossen durch die oben besprochenen Stellen, deren Zweck gerade darin liegt, ohne Unterscheidung zu bestimmen, daß, weil ein perfectus partus im Beginn des siebenten Monats erfahrungsmäßig möglich sei, nun auch dieser für ehelich gezeugt zu gelten habe.

Wenn aber der Satz [15]: „credendum est, eum qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse" ohne Einschränkung ausgesprochen ist, so fragt sich, ob wir ihn nicht blos für die während der Ehe, sondern auch für die nach dem Tode des Mannes bis zum Schlusse des zehnten Monats geborenen Kinder zur Anwendung bringen müssen? Es ist daran nicht zu zweifeln, soweit der Satz unmittelbare Anwendung finden kann. Starb also der Mann nach sechsmonatlicher Dauer der Ehe, so darf aus dem hohen

15) Es scheint mir nicht richtig, ihn so zu bezeichnen, wie Burckhard a. a. O. S. 343 thut: „septimo mense nasci perfectum partum" — denn hier ist der medicinische Erfahrungssatz mit der juristischen Präsumtion verwechselt.

Grade der Reife kein Zweifel gegen die eheliche Zeugung des Kindes hergeleitet werden. — Allein nach Auflösung der Ehe gestalten sich die Verhältnisse so, daß von einer unmittelbaren Anwendung des Satzes häufig gar nicht die Rede sein kann. Denn nicht die Reife, sondern die Unreife pflegt Zweifel zu erregen; nicht aus der zu großen Reife, sondern aus der zu großen Unreife des nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes pflegt gegen die eheliche Zeugung argumentirt zu werden; und der Satz des Hippokrates müßte, um hier leitend sein zu können, nicht lauten **septimo mense nasci perfectum partum**, sondern etwa **post septem menses nasci non perfectum**.

Gesetzt nun, es würde ein ärztliches Gutachten des Inhalts vorgelegt, daß ein im zehnten Monate nach dem Tode des Ehemannes geborenes Kind unmöglich von diesem gezeugt sein könne, weil es alle Zeichen eines sechsmonatlichen an sich trage: würde ein solcher Gegenbeweis abzuweisen sein? Ich glaube nicht. Denn jene Stellen bezwecken nur, die aus der vollen Reife des Kindes zu entnehmende Argumentation gegen die eheliche Zeugung auszuschließen; von einer andern Frage reden sie nicht, und es muß daher bei den allgemeinen Grundsätzen über die Zulässigkeit des Gegenbeweises sein Bewenden behalten.

Aber nicht bloß die Worte des Gesetzes, sondern auch die Gründe, welche bei bestehender Ehe die Ausschließung jenes Gegenbeweises rechtfertigen, treffen hier nicht zu. Es fehlt jenes „**assidue morari cum uxore**“, welches die Bestreitung der Zeugung als ungebührlich erscheinen läßt; das Verhältniß, in dessen Geheimnisse einzudringen unziemlich ist, hat aufgehört, zugleich aber auch die Pflicht der ehelichen Treue und die Aufsicht des Mannes als Schutz gegen Verführung. Das Vorhandensein dieser Umstände ist genügender Grund für die

Ausschließung jeder Nachforschung über den Tag der Zeugung während bestehender Ehe; wo sie hinweggefallen sind, da bleibt zwar die auf dem wesentlichen Zwecke der Ehe und der ohne Grund nicht zu bezweifelnden Keuschheit der Frau beruhende allgemeine Präsumtion in Kraft bestehen, aber ihre Anfechtung ist aus Gründen, deren Geltendmachung während der Ehe unzulässig ist, hier gestattet.

7. Vor dem 182. Tage der Ehe kann die auf den Erfahrungssatz „**septimo mense nasci perfectum partum**" gebaute Präsumtion selbstverständlich keine Anwendung finden. Dagegen bleibt es, wie wir sahen, auch hier bei jener allgemeinen Vermuthung „**pater est quem nuptiae demonstrant**", weil ihre Voraussetzungen nicht minder als in anderen Fällen begründet sind. Es ist daher nicht richtig, wenn Wächter diese nur dem **partus non perfectus** zu Gute kommen lassen will. Wohl aber muß zugegeben werden, daß der Gegenbeweis hier durch Deduction aus dem Grade der Reife erbracht werden darf.

Es fragt sich aber genauer, was hier bewiesen werden muß? Wächter läßt die Entscheidung von der „Lebensfähigkeit" abhängen, deren Dasein oder Mangel durch ärztliches Gutachten festzustellen sei. Welche Bedenken aber der Einholung eines solchen Gutachtens entgegenstehen, sagt uns eine gewichtige Autorität in der gerichtlichen Medicin, Casper[16]), der es für ein großes Glück hält, daß, wie er meint, die Gesetze einen festen Termin aufgestellt haben, mit welchem die Lebensfähigkeit angenommen werden soll. In unserm Falle würde jedoch diese vermeintliche Präsumtion nicht anwendbar sein, da hier nicht die Lebensfähigkeit nach dem Tage der Zeugung, sondern umgekehrt der Tag der Zeugung

16) Praktisches Handbuch der gerichtlichen Medicin Bd. 2 S. 10 ff.

nach der vorhandenen Lebensfähigkeit ermittelt werden soll. Würde nun die von Wächter neuerlichst wieder vertheidigte Ansicht zur Geltung kommen, nach welcher mit voller Strenge zwischen der lebendigen und der lebensfähigen Geburt unterschieden werden muß, mithin die Zeichen des Lebens nicht als Beweis der Lebensfähigkeit genügen: so wird die Aufgabe der Aerzte eine noch schwierigere. Ich glaube indessen, daß nur wenig Aerzte es auf ihr Gewissen nehmen werden, ein Kind für lebensunfähig zu erklären, so lange es seine Fähigkeit zum Leben durch das Factum an den Tag legt. Und nach seinem Tode werden wiederum nur wenig Aerzte zu behaupten wagen, daß das Kind nicht im Stande gewesen wäre, bei sorgfältigster Pflege sein Leben fortzusetzen, wenn nicht Gelegenheitsursachen des Todes oder gar organische Fehler hinzugekommen wären. Es ist offenbar, daß, so lange noch Zweifel möglich sind, stets die Thatsache des vorhandenen oder eine Zeit lang fortgesetzten Lebens für die Lebensfähigkeit den Ausschlag geben wird. Dies wird um so sicherer der Fall sein, je länger das Kind getragen ist, je näher also die Entbindung dem 182. Tage der Ehe liegt, so daß wir also nach Wächter's Theorie das Resultat erlangen: daß ein frühgeborenes Kind um so gewisser für ein uneheliches gelten wird, je näher seine Geburt demjenigen Tage liegt, an welchem seine eheliche Zeugung durch Präsumtion festgestellt wird.

Durch dieses höchst unbefriedigende Ergebniß sind wir zu der Frage gedrängt: was denn überhaupt die Lebensfähigkeit des Kindes mit der ehelichen Zeugung zu thun habe? Mit Recht haben Seuffert, Vangerow, Savigny, Wächter u. A. auf die unklare Vermengung beider Fragen in der älteren Theorie hingewiesen, und die Frage über die Lebensfähigkeit ist im Ganzen aus der Theorie über die Vaterschaftsvermuthung mit Erfolg verbannt. Aber sie scheint mir auch

aus dem Winkel vollends vertrieben werden zu müssen, in welchem sie sich durch die Wächter'sche Theorie noch behauptet.

Soll ein Kind vor dem 182. Tage der Ehe nicht für ehelich gelten, so ist der Grund offenbar nicht der, daß es lebensfähig ist, sondern der, daß es vor der Ehe erzeugt ist; die Lebensfähigkeit soll nur insofern in Betracht kommen, als aus ihr der Zeitpunkt der Zeugung geschlossen werden kann. Allein ist diese Vermittlung nothwendig? Offenbar nicht, sondern man schiebt ein ganz unnöthiges Mittelglied dazwischen. Die Lebensfähigkeit nämlich ist aus dem Entwickelungszustande des Kindes zu beurtheilen; aus derselben Beobachtung aber läßt sich auch unmittelbar der Zeitpunkt der Zeugung annähernd bestimmen und es ist nicht einzusehen, warum dies nicht direct geschehen könnte, ohne über die Lebensfähigkeit zu entscheiden. Die richtige Fragstellung aber ist hier von größester Bedeutung für das Schicksal des Kindes. Denn es ist sehr wohl denkbar, daß derselbe Arzt, welcher die Möglichkeit, daß das am 181. Tage der Ehe geborene Kind in der Hochzeitsnacht erzeugt sein könne, ausspricht, zugleich das Kind für lebensfähig erklärt. Welche Antwort soll nun entscheiden? Gewiß nicht die zweite, welche sich auf eine zunächst nicht in Betracht kommende Frage bezieht.

Demnach erscheint es als das allein Richtige, dem Arzte diese Frage gar nicht vorzulegen. Vielmehr ist der Gegenbeweis hier unmittelbar darauf zu richten, daß das Kind in einem solchen Grade der Entwicklung zur Welt gekommen sei, welcher in dem Zeitraum von der Eingehung der Ehe bis zu seiner Geburt unmöglich erreicht werden könne.

Der Grund, weshalb für den Zeitraum der ersten sechs Monate der Ehe eine andere Behandlung unserer Rechtsfrage (Gegenbeweis aus dem Grade der Reife) zugelassen ist, als nachher,

scheint mir in folgender Erwägung zu liegen. Ist einmal die Erfahrung anerkannt, daß die nach dem sechsten Monat geborenen Kinder lebensfähig sind, so darf auch angenommen werden, daß nach Ablauf dieser Zeit die Geburt eines in höherem Grade der Reife zur Welt kommenden Kindes kein öffentliches Aergerniß giebt. Denn die Grade der Reife entziehen sich regelmäßig dem Auge der Oeffentlichkeit und dem Urtheil der Laien; hier kann das Recht den über die inneren Verhältnisse des Hauses liegenden Schleier schützen, und es thut wohl daran, ihn ohne Noth nicht lüften zu lassen.

Ganz anders steht es in dem früheren Zeitraum. Als das Gewöhnliche gilt hier, daß die Niederkunft der ehelich Geschwängerten ein **abortus** ist; und es pflegt ein der Oeffentlichkeit verfallender Scandal zu sein, wenn z. B. eine Ehefrau in den ersten Monaten ihren Ehemann „mit einem kräftigen Buben beschenkt". Diesen zu verhüllen oder in Schutz zu nehmen, hat das Recht keine Veranlassung. Es thut genug, wenn es Ehefrau und Kind gegen frivole Anfechtung durch die allgemeine Präsumtion des **pater est quem nuptiae demonstrant** schirmt, und sie auf diese Weise für den seltenen Fall eines ehelich erzeugten **partus perfectus** vor der normalen Zeit, sicher stellt.

8. Es bleibt noch die Frage übrig, welcher Gegenbeweis zulässig sei in dem Falle einer nach dem 181. Tage und während bestehender Ehe erfolgenden Geburt?

Das römische Recht ist auch hier geleitet von dem Grundsatze, daß es sich nicht zieme, die Geheimnisse des ehelichen Lebens vor das Gericht zu ziehen. Es soll daher der Act des ehelichen Beischlafs unmittelbar nicht in Frage gestellt und der Gegenbeweis nicht darauf gerichtet werden, daß er nicht vollzogen sei, sondern lediglich auf Thatsachen, welche ihn unmöglich machten.

Julian hat, wie wir aus l. 6 D. de his ejus sui 1, 6 (vergl. l. 1 §. 14 D. d. lib. agnosc. 25, 3) ersehen, diesen Gedanken am strengsten durchgeführt. Der Ehemann, welcher dauernd mit seiner Frau gelebt hat, soll nach ihm die Anerkennung des Kindes gar nicht verweigern können; er ist also mit der Behauptung, daß er den Beischlaf unterlassen habe, gar nicht zu hören. Nur darauf kann er sich berufen, daß er nach langer Abwesenheit bei seiner Heimkehr ein neugeborenes Kind oder seine Frau in Schwangerschaft vorgefunden habe. Diese Ansicht berichtigt Ulpian unter Berufung auf Scävola dahin, daß auch Dies als Gegenbeweis gelten müsse, „si constat maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse, infirmitate interveniente vel alia causa." Ulpian bekämpft also den Standpunkt Julian's nicht principiell und sagt nicht, daß schon die Berufung auf das Unterlassen des Beischlafs gehört werden müsse, sondern er verlangt, gleich Julian, daß das Unterbleiben durch Thatsachen feststehe, welche ihn unmöglich machen. Seine Abweichung von Julian bezieht sich nur darauf, daß die Abwesenheit nicht als der einzige Grund der Unmöglichkeit gelten dürfe. Ulpian stellt hier Zweierlei neben einander: Umstände, welche den Vollzug des Beischlafs unmöglich machen, Schwächezustände u. dgl.; und Zeugungsunfähigkeit, welche seine Wirkung verhindert; in beiden Fällen ist die Vermuthung der Vaterschaft widerlegt, ohne daß zwischen den Ehegatten der Zeugungsact selbst durch Bestreiten von der einen und Behaupten von der andern Seite zum Gegenstande des Beweises gemacht worden wäre.

Es wird bei dem Gegenbeweise weiter darauf ankommen, zu welcher Zeit die Gründe der Unmöglichkeit des Beischlafs bestanden. Julian spricht hier von „decennium" und „longum tempus"; Ulpian sagt berichtigend „aliquamdiu" ohne nähere Bestimmung. Daß nun hiermit nicht auf eine soge-

nannte kritische Zeit hingewiesen ist, wurde bereits oben gezeigt. Wenn aber beide Juristen darin einverstanden sind, daß aus der Unmöglichkeit des Beischlafs die Unmöglichkeit der Vaterschaft gefolgert werden soll, so ist dadurch der Maßstab für die Zeitbestimmung gegeben. Präsumtionen kommen hier in keiner Weise in Betracht, sondern das richterliche Ermessen auf Grundlage allgemein bekannter Thatsachen oder eines ärztlichen Gutachtens über den einzelnen Fall ist allein entscheidend.

Die Art und Weise aber, in welcher sich Ulpian und Julian aussprechen, hat dem Richter als Anleitung zu dienen, es im einzelnen Falle mit der Anerkennung einer Unmöglichkeit nicht leicht zu nehmen, sondern nur eine gleichsam handgreifliche gelten zu lassen.

Wenn daher einem Ehemann am 181. Tage nach seiner Heimkehr von langer Reise ein Kind geboren wird, so ist er nicht schon dieser Umstände wegen befugt, die Anerkennung des Kindes zu verweigern. Die Möglichkeit, daß es am Tage der Rückkehr erzeugt sei, liegt nahe genug. Der Ehefrau steht die allgemeine, auf der Eingehung der Ehe beruhende Präsumtion zur Seite und sie kann daher den Gegenbeweis abwarten. Dieser wird in unserm Falle nach **l. 1 §. 14 D. d. agnosc. lib. 25, 3** vor Allem darauf zu richten sein, daß der Ehemann bei seiner Rückkehr die Ehefrau in Schwangerschaft vorgefunden habe und daß seine Abwesenheit länger gedauert habe, als eine Schwangerschaft möglicherweise dauern könne.

Dagegen aber fragt sich, ob in diesem Falle aus dem Grade der Reife des Kindes argumentirt werden dürfe, wenn die Ehe schon vor mehr als einem halben Jahre eingegangen war? Mir scheint, daß nur eine pedantische und überdies nicht einmal correcte Anwendung des in **l. 12 D. cit.** ausgesprochenen Grundsatzes diese Frage verneinen könnte. Denn in **l. 12 D. de statu hom. 1, 5** wird nur der aus einer

Vergleichung des Reifegrades mit dem seit Eingehung der Ehe verflossenen Zeitraume zu entnehmende Zweifelsgrund zurückgewiesen; und die Stelle entscheidet also nicht, wo eine ganz andere Betrachtung in Frage steht. Es wird daher Nichts dagegen eingewendet werden können, wenn aus dem Grade der Reife des Kindes der Beweis geschöpft wird, daß die Frau zur Zeit der Heimkehr des Mannes bereits schwanger gewesen sei. Hier findet keine Vergleichung des Reifegrades mit der Dauer der Ehe statt; es ist bei dieser Frage überhaupt gleichgültig, wie lange sie bestanden hat; der Grad der Entwickelung, welchen das Kind bei seiner Geburt erreicht hat, bildet nur ein Glied in der zusammengesetzten Beweisführung, deren Thema die Unmöglichkeit der Erzeugung dieses Kindes durch den Ehemann vor seiner Abreise und seit seiner Rückkehr ist. Aus dem Gesagten aber ergiebt sich auch, daß es juristisch gleichgültig ist, ob das Kind vor oder nach dem 181. Tage seit der Rückkehr des Ehemanns zur Welt kommt. Denn ganz willkührlich überträgt man die Frist, welche seit Eingehung der Ehe verflossen sein muß, um die Anfechtung der Vaterschaft aus einem bestimmten Grunde auszuschließen, auf diesen Fall. Es liegt dieser sehr gewöhnlichen Uebertragung nichts Anderes zu Grunde, als die zwar geleugnete, aber doch immer wieder stillschweigend verwendete Annahme, daß ein gesetzlicher Termin für die Präsumtion eines partus perfectus und non perfectus bestehe. Sobald man aber diesen Gedanken ernstlich und consequent fahren läßt, gelangt man nothwendig zu dem Resultate, daß, mag das Kind vor oder nach dem 181. Tage seit der Rückkehr des Ehemanns, mag es lebensfähig oder lebensunfähig zur Welt kommen, der Beweis der Unmöglichkeit der Vaterschaft nur aus den concreten Verhältnissen erbracht werden kann und erbracht werden muß. —

Es folgt aber aus dem Gesagten endlich, daß die allein richtige Fassung für das Thema des Gegenbeweises dahin geht: der Ehemann habe zu beweisen, daß zu der von ihm angegebenen Zeit Thatsachen bestanden, welche den ehelichen Beischlaf unmöglich machten und daß das fragliche Kind zu keiner andern Zeit erzeugt sein könne; oder: daß das fragliche Kind zu einer Zeit erzeugt sei, während welcher Thatsachen bestanden, welche ihm den ehelichen Beischlaf unmöglich machten. Unzulässig ist dagegen die Beweisauflage, daß der eheliche Beischlaf innerhalb der sogenannten kritischen Zeit nicht vollzogen sei, oder auch die ähnliche: daß innerhalb dieser Zeit der eheliche Beischlaf unmöglich gewesen.

Ich fasse schließlich die Hauptsätze, welche sich aus den vorstehenden Erörterungen ergeben, zusammen.

1. Die Präsumtion **pater est quem nuptiae demonstrant** gilt ohne Beschränkung vom Tage der Eingehung der Ehe bis zum Ablauf des zehnten Monats nach dem Tode des Ehemanns.

2. Diese Präsumtion kann nur durch den Gegenbeweis der concreten Unmöglichkeit der Vaterschaft beseitigt werden, wobei dem Beweisführer keine Präsumtion aus einer sogenannten kritischen Zeit zu Hülfe kommt.

3. Der Gegenbeweis ist nicht auf das Unterbleiben des Beischlafs, sondern auf Thatsachen, welche seine Vollziehung unmöglich machten, zu richten.

4. Nachdem die Ehe 181 Tage bestanden hat, kann der Gegenbeweis nicht durch eine Vergleichung des Grades der Reife des Kindes mit der seit Eingehung der Ehe verflossenen Zeit geführt werden.

Wie sehr die hier vertretenen Grundsätze von denjenigen abweichen, welche in der gemeinrechtlichen Theorie und Praxis,

sowie in den neueren Gesetzbüchern zur Geltung gelangt sind, ist bekannt genug. Desto lieber hebe ich hervor, daß eine der hier vertretenen sehr nahe kommende Anschauung von Suarez in seinen Revisionsbemerkungen zum ungedruckten Entwurfe des Preuß. Landrechts geltend gemacht worden ist [17]). Allerdings hat er dieselbe — wie es scheint, ohne selbst seine Meinungsänderung zu bemerken — bei der Schluß-Revision nicht festgehalten. Wenn man aber sieht, wie die neuere Gestaltung unseres Rechtssatzes dahin geführt hat, den Ehemann auf Kosten seiner Ehefrau und Kinder sicher zu stellen, so scheint es nöthig, in Erinnerung zu bringen, wie Suarez sich über die allgemeine legislatorische Erwägung ausspricht: „Es ist,“ sagt er, „eine der ersten Pflichten des Gesetzes, für die Sicherheit des status seiner Bürger zu sorgen, und diese Pflicht tritt in noch stärkerem Umfange ein, wenn von Kindern so zarten Alters die Rede ist, deren Stand und Rechte von eben Dem, welchen Natur und Gesetz zu ihrem ersten und eifrigsten Vertheidiger bestimmen, von ihrem Vater, angefochten werden. Wenn auch hier und da einmal ein Kind als ehelich durchschleicht, dem dies Prädicat wohl eigentlich nicht zukommen mag, so ist der Schaden für das Ganze zuverlässig geringer, als wenn durch schwankendere, leichter wegzukünstelnde praesumtiones der Stand so viel wahrer, wirklich rechtmäßiger ungewiß gemacht wird.“ Es ist nur hinzuzufügen, daß das Gewicht dieser Erwägung noch verstärkt wird durch die Rücksicht auf den Schutz, welchen die Ehre der Frauen und die Schonung, welche die inneren Verhältnisse der Ehe und des Hauses fordern können.

---

17) Vgl. Bornemann, Systemat. Darstellung des Preuß. Civil-Rechts Bd. 5 §. 338.





